

**University of Groningen**

## **Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit**

Lindenberg, Kai

*Published in:*  
Modern Strafrecht

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Final author's version (accepted by publisher, after peer review)

*Publication date:*  
2019

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Lindenberg, K. (2019). Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'? In E. Gritter (editor), *Modern Strafrecht: Contributions to the National Criminal Law Day 2017 (Groningen)* (blz. 1-31). Kluwer.

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## **Auteursversie / pre-press version**

Graag als volgt aanhalen:

K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'?', in: E. Gritter (red.), *Modern Strafrecht – Bijdragen aan de Landelijke Strafrechtdag 2017 (Groningen)*, Deventer: Kluwer 2019 (auteursversie, p. 1-31; beschikbaar op [www.rug.nl](http://www.rug.nl))

Please cite as follows:

K. Lindenberg, 'Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'?', in: E. Gritter (ed.), *Modern Strafrecht – Bijdragen aan de Landelijke Strafrechtdag 2017 (Groningen)*, Deventer: Kluwer 2019 (pre-press version, page 1-31; available at [www.rug.nl](http://www.rug.nl))

- 1. Inleiding** /1
- 2. Consentmodel versus dwangmodel** /3
  - 2.1 *Eigenschappen* /3
  - 2.2 *Waarom een consentmodel?* /6
- 3. Het dwangmodel in Nederland** /9
- 4. De overstap van dwang- naar consentmodel in Duitsland** /12
  - 4.1 *Het oude dwangmodel* /12
  - 4.2 *Naar een consentmodel* /14
  - 4.3 *'Gegen den erkennbaren Willen'* /16
  - 4.4 *Bescherming bij onverhoeds handelen en tonic immobility* /17
  - 4.5 *Slot* /19
- 5. Is het consentmodel een verdragsverplichting?** /20
- 6. Hoe verder in Nederland?** /27



## Verkrachting, aanranding en de bescherming van de seksuele integriteit: moet Nederland ook naar een 'Nein heißt Nein'?

K. Lindenberg<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Van tijd tot tijd komt het strafrecht door maatschappelijke gebeurtenissen onder een vergrootglas te liggen. Voor het Duitse strafrecht waren de Keulse rellen op oudjaarsnacht 2015-2016 zo'n gebeurtenis. Naar verluidt werden die nacht in Keulen honderden vrouwen onzedelijk betast door onder invloed verkerende feestgangers, terwijl later bleek dat het zedenrecht tegen veel van die betastingen geen bescherming bood.<sup>2</sup> De grote ontsteltenis daarover in de Duitse samenleving bracht de politiek in beweging: een al bestaande maar kabbelende discussie over het Duitse zedenrecht raakte in een stroomversnelling, en nog hetzelfde jaar – in november 2016 – traden nieuwe zedenbepalingen in werking.<sup>3</sup>

Vanuit Nederlands perspectief is van belang dat de Duitse wetgever bij deze modernisering een grote stap heeft gezet, door zijn strafbaarstelling van verkrachting en aanranding in § 177 StGB van een nieuw fundament te voorzien. Niet langer is dwang de kern van die delicten, zoals bij ons nog het geval is, maar onvrijwilligheid. Dat legt niet alleen de lat in die strafbaarstelling lager, maar plaatst ook de bescherming van de seksuele integriteit meer op de voorgrond. Ik licht dit dadelijk toe. In ieder geval is Duitsland dus opgeschoven van een zogenoemd *coercion-based* model (dwang staat centraal; hierna 'dwangmodel') naar een *consent-based* model (vrijwilligheid en onvrijwilligheid staan centraal; hierna 'consentmodel'). Dit laatste wordt bij onze oosterburen dan weer in eigen taal weergegeven als het 'Nein heißt Nein'-model.<sup>4</sup>

Nederland mag zich de Duitse hervorming aantrekken, omdat wij Duitsland eerder nog tot prominente medestander konden rekenen in de slinkende categorie landen met een dwangmodel. Nu wordt Nederland ingesloten door consentmodellen: buurlanden Engeland

---

<sup>1</sup> Prof. mr. dr. K. (Kai) Lindenberg is als hoogleraar straf(proces)recht verbonden aan de Vakgroep Strafrecht & Criminologie van de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is een bewerking van zijn presentatie op de Landelijke Strafrechtsdag op 16 juni 2017. Ontwikkelingen die zich na de presentatiedatum hebben voorgedaan, zijn alleen beperkt meegenomen. De auteur dankt Hein Wolswijk en Alwin van Dijk voor hun commentaar, en student-assistente Ellen Jager voor haar ondersteunende werkzaamheden.

<sup>2</sup> De nieuwsberichten hierover zijn talrijk. Bijvoorbeeld kan worden gezocht op de gecombineerde termen 'Köln, Silvesternacht, Strafrecht, Nötigung'. Zie ook Herning & Illgner 2016, p. 79. Over de vraag in welke mate het materiële zedenrecht tegen de betastingen geen bescherming bood, bestond onder strafrechtjuristen weliswaar discussie, maar brede consensus was er over de ontbrekende bescherming tegen onverhoedse seksuele betastingen zonder geweld. Dit wordt nader besproken in paragraaf 4.

<sup>3</sup> Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, vom 4. November 2016, *Bundesgesetzblatt* Jahrgang 2016, Teil I, Nr. 52, 2460. Vgl. Herning & Illgner 2016, p. 79; *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. I.3.e bij § 177 StGB (Renzikowski). Opmerking verdient dat in deze bijdrage slechts één component van de wetswijzigingen wordt besproken – die met betrekking tot § 177 StGB – terwijl die wijzigingen meer controversiële thema's bevatte, zoals seksuele intimidatie en groepsaansprakelijkheid bij zedendelicten (zie de nieuwe regelingen in § 184i en 184j StGB), alsook strengere maatregelen tegen vreemdelingen die zich schuldig maken aan zedendelicten (zie art. 2 van de wijzigingswet).

<sup>4</sup> Overigens kan deze term in de literatuur naast een algemene, ook een specifiekere betekenis hebben, duidend op eigenschappen van een bepaald type consentmodel. De term kan bijvoorbeeld worden afgezet tegen een 'nur Ja heißt Ja'-model, waarbij instemming minder snel wordt aangenomen. Zie over deze aspecten paragraaf 4 en 6.

en België waren daarop al geruime tijd overgestapt.<sup>5</sup> Dat wij opeens regionaal alleen staan geeft dus al te denken. Moeten wij ook naar een ‘Nein heißt Nein’-model? Deze vraag krijgt vooral juridische betekenis wanneer wordt gekeken naar de verdragsverplichtingen in deze context: verplichtingen die voortvloeien uit het EVRM en verplichtingen die zijn neergelegd in het te Istanbul gesloten Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, kortweg het Verdrag van Istanbul.<sup>6</sup> In deze verdragen liggen argumenten besloten voor de opvatting dat op verdragsstaten de verplichting rust het consentmodel te implementeren.

In deze bijdrage schets ik verschillen tussen dwang- en consentmodellen, en onderzoek ik de vraag of Nederland inderdaad naar een dergelijk model moet overstappen. ‘Moeten’ wordt hier meerduidig bedoeld. In de eerste plaats wordt bedoeld op een juridisch ‘verplicht-zijn’, in verband met de verdragseisen. In de tweede plaats wordt bedoeld op argumenten die een overstap naar een consentmodel al dan niet wenselijk maken, los van een verplichting. Deze argumenten zullen ook, beperkt, aan de orde worden gesteld.

Het is goed te benadrukken dat de vraag of Nederland het consentmodel moet introduceren niet onlosmakelijk verbonden is aan de misdrijven ‘verkrachting’ en ‘aanranding’. Onderscheid moet worden gemaakt tussen de vraag of onze delicten ‘verkrachting’ en ‘aanranding’ als zodanig gestoeld zouden moeten zijn op het consentmodel (dus dat daarvoor niet dwang doorslaggevend is, maar reeds de onvrijwilligheid van het slachtoffer), en de vraag of Nederland in ieder geval op enigerlei wijze non-consensuele seks strafbaar zou moeten stellen, ook al is dat niet als verkrachting en aanranding. De vraagstelling is dus eigenlijk getrapt: moet Nederland het consentmodel introduceren, en zo ja, moet dat per se onze delicten ‘verkrachting’ en ‘aanranding’ betreffen?

Het onderzoeken van de onderhavige vraag valt samen met de fase waarin ook de Nederlandse wetgever zich nadrukkelijk bezint op het zedenrecht; de wetgever bereidt op dit moment een wetsvoorstel voor ter modernisering van de zedentitel (boek 2, titel XIV, ‘Misdrijven tegen de zeden’).<sup>7</sup> Op het moment van schrijven is evenwel nog onbekend welke plannen de wetgever heeft met de delictsomschrijvingen van verkrachting en aanranding.

In dit verband moet ook het volgende worden vermeld. Het WODC-rapport ‘Herziening van de zedendelicten?’ lag mede ten grondslag aan de beslissing van de wetgever om de zedentitel te herzien. In dat onderzoek kwam ik als coauteur tot de slotsom dat van de hiervoor genoemde verdragen weliswaar een sterk signaal uit gaat om ons huidige dwangmodel te hervormen (dus: onze strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding, waarin dwang centraal staat), maar dat niet zonder meer kan worden gezegd dat ons dwangmodel in strijd is met de verdragen.<sup>8</sup> Ik sta hier ondertussen wat anders in. En dat vormt, samen met de recente herziening in Duitsland, de aanleiding voor deze bijdrage. Zoals zal blijken is mijn standpunt enigszins opgeschoven naar de andere kant. Dat gewijzigde standpunt zou hier, alvast, als volgt kunnen worden samengevat: het is moeilijk vol te houden dat ons dwangmodel *niet* in strijd is met internationale verplichtingen. Ik zal verderop ook aangeven hoe ik tot dit opgeschoven standpunt ben gekomen. In ieder geval impliceert het nieuwe

---

<sup>5</sup> Zie over deze consentmodellen hierna, paragraaf 2.

<sup>6</sup> *Trb.* 2008, 58.

<sup>7</sup> Aangekondigd in *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 300.

<sup>8</sup> Lindenberg 2015, p. 223-228.

standpunt dat er iets moet gebeuren. Maar wat en hoe? Ook dat wordt hier globaal verkend, onder meer aan de hand van de wijzigingen in Duitsland.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst ga ik in op de eigenschappen van de archetypen ‘consentmodel’ en ‘dwangmodel’ zoals ik die hanteer, en stel ik deze modellen tegenover elkaar in termen van algemene voor- en nadelen (paragraaf 2). Daarbij passeren ook kort de consentmodellen in Engeland en België de revue, niet alleen om alvast een indruk te geven van concrete consentmodellen, maar ook ter latere vergelijking met Duitsland. Het ene consentmodel is namelijk het andere niet, en dat levert, zoals we uiteindelijk zullen zien, complexe vraagstukken op. Na dit algemene kader belicht ik de situatie in Nederland (paragraaf 3). Nederland hanteert een dwangmodel voor de delicten ‘verkrachting’ en ‘aanranding’. Omdat onvrijwillige seks als zodanig ook niet in een andere bepaling strafbaar is gesteld, kan de bespreking zich daardoor beperken tot deze dwangdelicten.<sup>9</sup> Vervolgens richt ik mijn blik op het zedenrecht in Duitsland, waarbij ik aandacht besteed aan zowel de oude als de nieuwe situatie (paragraaf 4). De nieuwe situatie betreft het al genoemde consentmodel, dat zijn beslag heeft gekregen in een volledig nieuw geformuleerd § 177 StGB, waaraan interessante keuzes ten grondslag liggen. Na deze landenanalyses komen de verplichtingen uit het EHRM en het Verdrag van Istanbul aan bod (paragraaf 5). Het gaat hier voor een deel om een herhaling van zetten uit het WODC-onderzoek, maar er zijn belangrijke verschillen. Zo is er nieuwe rechtspraak van het EHRM te duiden en is mijn huidige interpretatie van het Verdrag van Istanbul zoals gezegd anders dan ten tijde van het WODC-onderzoek. Ten slotte rond ik af met een korte inventarisatie van de uitdagingen waarvoor Nederland zich gesteld ziet bij de invoering van een consentmodel (paragraaf 6).

## 2. Consentmodel versus dwangmodel

### 2.1 Eigenschappen

Een consentmodel stelt non-consent centraal, oftewel de afwezigheid van instemming. Gemakshalve zal ik dit in beginsel uitdrukken als ‘onvrijwilligheid’. Later, in paragraaf 4, zullen we zien dat de gekozen uitdrukking nauw luistert en invloed heeft op de aard van het consentmodel, maar vooralsnog kan alles inwisselbaar worden geacht: afwezigheid van instemming, afwezigheid van toestemming, onvrijwilligheid et cetera.

In een consentmodel draait het dus om onvrijwilligheid. Onvrijwilligheid is de doorslaggevende factor aan de zijde van het slachtoffer. De kernvraag is of de seksuele handelingen door het slachtoffer onvrijwillig zijn verricht of ondergaan. Daarnaast is strafrechtelijk gemeengoed dat voor aansprakelijkheid voor misdrijven, de verdachte in beginsel een schuldig bewustzijn dient te hebben (*mens rea*). Dat kan bijvoorbeeld worden vormgegeven door de eis dat de verdachte opzet moet hebben op de onvrijwilligheid van het slachtoffer. Het consentmodel is zo beschouwd een tweecomponenten-model: bij het slachtoffer is

<sup>9</sup> Ik laat art. 239 Sr (schennis van de eerbaarheid) buiten beschouwing. Dat lichte misdrijf kan ook beschermen tegen ongewenste betastingen (zie o.a. HR 17 december 2013, NJ 2014/149, m.nt. Keijzer en Lindenberg 2015, p. 137-140), maar is in mijn ogen van onvoldoende kaliber om bij te dragen aan de vervulling van eventuele verdragsplichten in de onderhavige context. Vgl. Lindenberg 2013, p. 510-517.

sprake van onvrijwilligheid en bij de verdachte is sprake van opzet op die onvrijwilligheid (of van een andere vorm van *mens rea*).

In de inleiding werd opgemerkt dat het consentmodel al langere tijd te vinden is in het strafrecht van Engeland en België.<sup>10</sup> Ter illustratie van de wijze waarop het consentmodel in nationaal strafrecht kan worden verwerkt, sta ik kort stil bij de vormgeving in die landen. Aan het nieuwe consentmodel in Duitsland wordt als gezegd uitgebreider aandacht besteed in paragraaf 4.

De strafbaarstellingen van verkrachting luiden in Engeland en België als volgt:

*Engeland: Sexual Offences Act 2003, Section 1, 'Rape'*

- (1) A person (A) commits an offence if —
  - (a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,
  - (b) B does not consent to the penetration, and
  - (c) A does not reasonably believe that B consents.
- (2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.
- (...)

*België: art. 375 Strafwetboek*

Verkrachting is elke daad van seksuele penetratie van welke aard en met welk middel ook, gepleegd op een persoon die daar niet in toestemt.  
(...).

Er zijn tussen de bepalingen overeenkomsten, maar ook verschillen. Een overeenkomst ligt in de uitdrukking van de onvrijwilligheid: het gaat om situaties waarin het slachtoffer 'does not consent' respectievelijk 'niet toestemt'. Een eerste verschil kan worden aangewezen in de omschrijving van de seksuele handelingen. In Engeland kan alleen een man zich schuldig maken aan verkrachting ('penetrates ... with his penis'), terwijl de handelingen in België genderneutraal en ook overigens ruim zijn geformuleerd ('elke daad van seksuele penetratie...'). Dit verschil raakt weliswaar de reikwijdte van het delict, maar niet de eigenschappen van het consentmodel.

Een verschil dat die eigenschappen wel raakt, is gelegen in de uitwerking van *mens rea*. Hoewel niet direct zichtbaar, eist de Belgische bepaling bij de verdachte opzet op het niet-toestemmen.<sup>11</sup> Engeland heeft daarentegen gekozen voor een lagere drempel, die vanuit ons perspectief een wat culpoos karakter heeft: voldoende is dat bij de verdachte, vrij

---

<sup>10</sup> In Engeland werd het consentmodel in 1976 van een wettelijke basis voorzien bij het delict verkrachting. Art. 1 van de Sexual Offences Amendment Act 1976 luidde zakelijk weergegeven: "For the purposes of section 1 of the Sexual Offences Act 1956 (which relates to rape) a man commits rape if (a) he has unlawful sexual intercourse with a woman who at the time of the intercourse does not consent to it; and (b) at that time he knows that she does not consent to the intercourse or he is reckless as to whether she consents to it (...)." Later is het consentmodel tot andere delicten uitgebreid en aan de basis gelegd van de Sexual Offences Act 2003. België heeft het consentmodel bij verkrachting ingevoerd in 1989. Tot op dat moment beschermde die strafbaarstelling alleen tegen inbreuken die mogelijk waren door het gebruik van geweld, bedreiging of misleiding, of door het misbruiken van al bestaande onmacht bij het slachtoffer. Zie hierover Stevens 2002, p. 49-63, 183-188 en 440-443.

<sup>11</sup> Vgl. Stevens 2002, p. 466-467; De Nauw 2010, p. 139 en 146.

vertaald, geen redelijke veronderstelling van vrijwilligheid bestond (geen ‘reasonable belief’). Naast de subjectieve veronderstelling van de verdachte gaat het dus tevens om de redelijkheid van die veronderstelling, mede in het licht van – zie het tweede lid van art. 1 SOA 2003 – de omstandigheden van het geval, waaronder de onderzoeksinspanningen van de verdachte.<sup>12</sup>

Interessant is voorts dat Engeland het consentmodel ook heeft ingevoerd voor lichtere delicten dan verkrachting, maar België niet. In de Sexual Offences Act 2003 is het verrichten van andere vormen van seksuele penetratie (art. 2) en het verrichten van seksuele handelingen zonder penetratie (art. 3) op gelijke wijze strafbaar gesteld als verkrachting (art. 1). Dat wil zeggen: gebaseerd op non-consent en de afwezigheid van ‘reasonable belief’. Waarom België het consentmodel niet heeft ingevoerd bij het misdrijf ‘aanranding van de eerbaarheid’ (art. 373 Sw) of als ander lichter misdrijf, blijkt niet duidelijk uit de wetsgeschiedenis.<sup>13</sup> De strafbaarstelling van aanranding volgt daar nog steeds het wettelijke stramien waarop ook de voormalige strafbaarstelling van verkrachting was gebaseerd: vereist zijn beïnvloedingsmiddelen als geweld, bedreiging of misbruik van reeds bestaande onmacht. Aan de constitutieve betekenis van deze beïnvloedingsmiddelen wordt in de rechtspraak nog steeds vastgehouden.<sup>14</sup>

Tegenover het consentmodel staat het dwangmodel. Bij een dwangmodel vormt het begrip ‘dwang’ het middelpunt. Dat is een begrip waarvan onvrijwilligheid weliswaar een essentieel slachtofferkenmerk is, maar niet het enige: dwang impliceert bovendien dat het niet-gewenste gevolg voor het slachtoffer niet of nauwelijks te vermijden was. Aan de kant van het slachtoffer komt er in een dwangmodel dus een eigenschap bij: er dient niet alleen onvrijwilligheid te zijn, maar ook ‘onvermijdbaarheid’. Bijgevolg verandert er ook iets aan de kant van de verdachte: zijn schuldig bewustzijn heeft alleen betrekking op de dwang wanneer dat bewustzijn ook dat extra kenmerk van dwang – de onvermijdbaarheid – omvat. Vanuit deze optiek is het dwangmodel een viercomponenten-model: (1) onvrijwilligheid bij het slachtoffer alsmede (2) opzet daarop bij de verdachte, en (3) onvermijdbaarheid bij het slachtoffer alsmede (4) opzet daarop bij de verdachte. Hierbij is de *mens rea* gemakshalve als opzet geformuleerd. Samengevat onderscheidt een dwangmodel zich dus van een consentmodel door de bijkomende eis dat de handelingen voor het slachtoffer onvermijdbaar waren en de bijkomende eis dat de verdachte, kort gezegd, van die onvermijdbaarheid wist; dat hij daarop opzet had. Voor deze verschillen kan het volgende als voorbeeld dienen.

Wanneer wordt vastgesteld dat iemand seksuele handelingen initieerde bij een ander, terwijl hij wist dat die ander dat op dat moment duidelijk niet wilde, zou dat in een consentmodel in de regel voldoende zijn voor het aannemen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

<sup>12</sup> Zie hierover bijvoorbeeld Horder 2016, p. 366-368.

<sup>13</sup> Vgl. Stevens 2002, p. 467-481 en 487.

<sup>14</sup> Zie bijvoorbeeld Cass. 6 oktober 2004, *JT* 2005 afl. 6168, 100, Cass. 9 oktober 2012, *AR P.11.2120.N.*, Cass. 31 maart 2015, *AR P.14.0293.N.*, en Cass. 4 januari 2017, *AR P.16.0871.F.*, opgenomen in Deruyck e.a. 2018, p. 493-494. In de literatuur is wel bepleit om de bepaling analoog aan art. 375 Sw (verkrachting) uit te leggen, en daarmee de genoemde beïnvloedingsmiddelen louter te zien als sterk rechtsvermoeden van het ontbreken van toestemming, niet als constitutief bestanddeel; in materieelrechtelijke zin zou het enkele niet-toestemmen moeten volstaan. Zie Stevens 2002, p. 487. Vooralsnog zijn er geen aanwijzingen dat deze visie in de rechtspraak enige ingang vindt, zo begrijp ik uit de Belgische commentaren. Zie naast het zojuist genoemde werk van Deruyck e.a. voorts: Dierickx 2006 en De Nauw 2010, p. 137.



Er is onvrijwilligheid en er is een schuldig bewustzijn. In een dwangmodel zouden echter vervolgvragen aan de orde zijn. Het gaat er dan immers om of het slachtoffer werd *gedwongen*. Dus, ten eerste: was het ook onvermijdbaar voor het slachtoffer? Als het slachtoffer zich niet verzette en niet vluchtte, moet daarvoor een afdoende verklaring voor worden gevonden. Als die niet wordt gevonden, zijn de eisen van het dwangmodel niet vervuld. En als die verklaring wel wordt gevonden, is het, ten tweede, de vraag of de verdachte de onvermijdbare positie van het slachtoffer ook heeft begrepen. Het kan zijn dat de verdachte, hoewel hij zich goed realiseerde dat zijn handelingen op dat moment tegen de wil van de ander indruisten, stellig veronderstelde dat die ander had kunnen weglopen of zijn handelingen had kunnen pareren, en voorts dat hij, door het uitblijven van tekenen van verzet, hoopte dat hij de ander voor zich kon winnen. In dat geval zou geen sprake zijn van opzet op de onvermijdbaarheid, waarmee de eisen van het dwangmodel eveneens niet worden gehaald.

Duidelijk is dus dat het dwangmodel meer eisen bevat dan een consentmodel. Andere voorbeelden volgen dadelijk, wanneer wordt ingegaan op het huidige dwangmodel in Nederland (paragraaf 3) en het oude dwangmodel in Duitsland (paragraaf 4). Dan zal ook blijken dat tussen dwangmodellen onderling verschillen kunnen bestaan.

## 2.2 *Waarom een consentmodel?*

Een consentmodel kan worden beschouwd als iets betrekkelijk moderns. Mondiaal gezien zijn de strafbaarstellingen van verkrachting en aanranding van oudsher gebaseerd op het dwangmodel.<sup>15</sup> Waarom maken landen dan de overstap naar een consentmodel? Hieronder inventariseer ik enkele algemene argumenten die vaak in enigerlei vorm terugkomen in de geschiedenis van concrete rechtsstelsels. Ten slotte worden enkele kanttekeningen gemaakt bij het consentmodel.

Allereerst kan de keuze voor een consentmodel zijn ingegeven door principiële redenen die verband houden met individuele vrijheid. Om dit te duiden maak ik onderscheid tussen twee soorten vrijheden: autonomie en handelingsvrijheid.<sup>16</sup>

Autonomie kan worden omschreven als de vrijheid van een individu te beschikken over het lot van zijn ervaring, lichaam en delen van zijn omgeving, zoals eigendom. De lichamelijke integriteit, in het bijzonder de seksuele integriteit, kunnen ook als onderdeel van deze autonomie worden gezien. Indien het lichaam zonder toestemming seksueel wordt betast, dan is dat te omschrijven als een aantasting van iemands seksuele integriteit of seksuele autonomie.

Het bijzondere van een dwangmodel in het kader van de zedendelicten is dat het de seksuele autonomie niet zelfstandig beschermt. Dat is inherent aan de eerder beschreven eisen van 'dwingen'. Immers, onvrijwilligheid is niet voldoende om de delictsomschrijving te vervullen, ook al is die onvrijwilligheid duidelijk uitgesproken en is de verdachte van die onvrijwilligheid doordrongen. Een dwangmodel vereist daarnaast nog dat de handelingen niet te vermijden waren voor het slachtoffer. En de conclusie dat iets niet te vermijden was,

---

<sup>15</sup> Over de geschiedenis van diverse rechtsstelsels zie o.a. Caringella 2008 en McGlynn & Munro 2010.

<sup>16</sup> Vgl. Lindenberg 2007, p. 16-18.

kan pas worden getrokken wanneer een externe reden is aan te wijzen waarom het slachtoffer zich niet verzet (bijvoorbeeld door bedreigingen) of wanneer het ingezette verzet werd gebroken (bijvoorbeeld door geweld). Een dwangmodel veronderstelt dus dat de handelingsvrijheid van het slachtoffer is aangetast: de vrijheid om de eigen handelingswil te vormen en te uiten. De vrijheid om de handelingswil te vormen kan teniet worden gedaan door bedreigingen (de wil van het slachtoffer wordt gevormd naar de wens van de verdachte; het slachtoffer werkt uit angst bewust mee) en de vrijheid om een eigen handelingswil te uiten kan teniet worden gedaan door geweld (de handelingswil om zich te verzetten of te vluchten kan niet worden vertaald in daarmee corresponderende handelingen, door de fysieke inwerking van buitenaf).

Een dwangmodel beschermt dus primair de handelingsvrijheid, een vrijheid die in deze context misschien het beste kan worden omschreven als de vrijheid om de eigen seksuele integriteit te beschermen; de vrijheid om inbreuken van buitenaf op die autonome sfeer af te slaan. In een dwangmodel wordt de seksuele integriteit alleen dan beschermd wanneer iemand niet meer in staat wordt geacht die eigenhandig te beschermen.

Een consentmodel daarentegen, richt zich aan de zijde van het slachtoffer alleen op diens onvrijwilligheid. Dat is een eigenschap die wel direct in verband gebracht kan worden met de seksuele integriteit. Een ongewenste seksuele betasting van het lichaam kan ten slotte een aantasting van de autonome sfeer worden genoemd, in het bijzonder van de seksuele integriteit. Wanneer de opvatting bestaat dat de seksuele integriteit als zodanig – dus als zelfstandig rechtsgoed – beschermd moet worden, dan ligt daarin een principieel argument om over te stappen op een consentmodel.

Een consentmodel kan ook aantrekkelijk zijn om de bewijsproblemen bij een dwangmodel het hoofd te bieden. Gevallen van dwang zijn niet altijd makkelijk bewijsbaar, juist door de extra materieelrechtelijke eisen: onvermijdbaarheid en opzet op die onvermijdbaarheid. Aan de bewijsproblemen kan dus een argument worden ontleend om over te stappen op een consentmodel. Dit argument is niet principieel van aard, zoals het vorige argument. Het zou er slechts om kunnen gaan slachtoffers beter te beschermen tegen situaties van *dwang*, door aan te knopen bij de lagere materieelrechtelijke eisen van het consentmodel, die daardoor ook een lagere bewijslast opleveren. De onvermijdbaarheid bij het slachtoffer en het opzet daarop bij de verdachte hoeven niet meer te worden bewezen, ook al zijn deze factoren, zo kan de gedachte zijn, feitelijk doorgaans wel aanwezig.

Bij dit thema – bewijsproblemen bij seksueel misbruik – moet ook zogenoemde ‘tonic immobility’ worden genoemd. Het betreft hier het steeds vaker gedocumenteerde fenomeen dat mensen die geconfronteerd worden met een voor hen dreigende situatie, zoals een bedreigende ongewenste seksuele toenadering van een ander, vaak verstijven van angst. Met tonic immobility (ook wel ‘frozen fright’) wordt deze verstijving bedoeld.<sup>17</sup> ‘Niets doen’ lijkt dus een veelvoorkomende reactie op seksueel misbruik. Daarmee is onvermijdbaarheid een wezenlijk onderdeel van menig slachtofferervaring, maar dikwijls van minder

<sup>17</sup> Voor een handzaam overzicht zie de Factsheet Tonic Immobility van het Landelijk Psychotraumacentrum, toegankelijk via [www.hetwzk.nl](http://www.hetwzk.nl) (laatst geraadpleegd in december 2018). Interessant is dat er indicaties zijn dat tonic immobility een biologisch doel dient; het zou de kans op (meer) gewelddadigheden en letsel verminderen; zie De Heer & Jones 2017. Zie voorts bijvoorbeeld Marx e.a. 2008 en Möller, Söndergaard & Helström 2017, met verwijzingen.

zichtbare aard en daardoor moeilijk te bewijzen. In een consentmodel is de onvermijdbaarheid materieelrechtelijk irrelevant, waardoor dit model beter beschermt tegen ongewenste seks in dergelijke situaties. Dat neemt overigens niet weg dat ook een consentmodel in dit verband zijn beperkingen kent. De uiterlijke verschijningsvorm van tonic immobility kan zo zijn dat zelfs de onvrijwilligheid een bewijsrechtelijk twistpunt is. En vaker nog kan in dergelijke situaties het twistpunt zijn of de verdachte aan de *mens rea* eisen voldoet. De kenbaarheid van de onvrijwilligheid is bij tonic immobility immers zwakker dan bij slachtoffers die hun onvrijwilligheid uitdrukkelijk uiten. Het komt aan op de drempel die in rechte moet worden gehaald. Als we de stelsels van Engeland en België in herinnering roepen, is te signaleren dat de bescherming in België in dit opzicht minder ver gaat dan die in Engeland. België vereist bij de verdachte opzet op de onvrijwilligheid, terwijl in de Engelse bepalingen voldoende is dat de verdachte, wat er ook zij van zijn opzet, in de gegeven omstandigheden nader onderzoek naar de vrijwilligheid niet achterwege had mogen laten (de afwezigheid van ‘reasonable belief’).<sup>18</sup>

Een derde argument is ten slotte gelegen in de internationale verplichtingen die een staat is aangegaan. Dat lijkt op het eerste oog geen zelfstandig argument, omdat een staat in de regel alleen die verplichtingen zal aangaan waar hij zich ook om inhoudelijke redenen achter schaaft. Zo makkelijk ligt het echter niet altijd. Landen kunnen bijvoorbeeld lidstaat zijn van een orgaan dat bij gekwalificeerde meerderheid verplichtingen in het leven mag roepen, zoals de Europese Unie. Voor de onderhavige context ontbreekt zo’n EU-instrument nog, maar dat kan in de toekomst veranderen.<sup>19</sup> Relevanter in deze context is het EVRM, een ‘living document’ waarin verplichtingen evolueren in de rechtspraak van het EHRM. Die verplichtingen kunnen natuurlijk afwijken van de politieke en juridische status quo van een verdragsstaat. Daarnaast kunnen ook andere verdragen een uitleg krijgen die een bepaalde verdragsstaat niet helemaal had voorzien. Voor deze bijdrage zijn zoals gezegd het EVRM en het Verdrag van Istanbul relevant. Aan de vraag of in die verdragen een verplichting tot het invoeren van een consentmodel ligt besloten, kom ik toe in paragraaf 5. Voor dit moment is in ieder geval te constateren dat de overstap naar een consentmodel in de huidige tijd niet zonder meer uit rechtspolitieke overwegingen van de staat zelf hoeft voort te vloeien.

Aan een consentmodel zitten uiteraard ook haken en ogen. Meer bescherming voor potentiële slachtoffers betekent hier noodzakelijkerwijs minder bescherming voor potentiële verdachten. Dat is vaker het geval, maar het gaat in deze context – seksuele handelingen – om zowel complexe menselijke interacties als uiterst stigmatiserende strafrechtelijke kwalifi-

<sup>18</sup> Theoretisch zou het verschil tussen opzet en culpa kunnen slinken bij een toenemende bekendheid van tonic immobility, omdat de rechter bij het aannemen van opzet gebruik kan maken van een feit van algemene bekendheid over het verschijnsel van tonic immobility. De houdbaarheid van deze werkwijze zal evenwel afhankelijk zijn van de vraag hoe groot de kans is dat passiviteit inderdaad duidt op tonic immobility – lees: op onvrijwilligheid – en niet op factoren die nog te verenigen zijn met vrijwilligheid, zoals zenuwen, schaamte, ‘niet echt zin hebben’ e.d. Antwoord op die vraag zal moeten komen van andere wetenschappelijke disciplines en bovendien in het concrete geval nog steeds afhankelijk zijn van de specifieke omstandigheden.

<sup>19</sup> Vgl. de bewoordingen in de Resolutie van het Europees Parlement van 12 september 2017 over het voorstel voor een besluit van de Raad over de sluiting, door de Europese Unie, van het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)).

caties ('zedendelicten'). Het Engelse systeem is een treffend voorbeeld van een lager beschermingsniveau voor de potentiële verdachte. Daar cumuleert een aanzienlijk lagere drempel dan die van een dwangmodel (slechts onvrijwilligheid en geen 'reasonable belief' in vrijwilligheid) met een kwalificatie die ook in de meeste dwangmodellen het zwaarst is ('verkrachting'; 'rape'). Zonder te willen zeggen dat dit evident disproportioneel is, geeft het voorbeeld wel aan dat het inrichten van een consentmodel een grote verantwoordelijkheid is.

Een andere kwetsbaarheid van het consentmodel hangt samen met de daaraan verbonden begrippen. Begrippen als 'vrijwillig', 'onvrijwillig', 'toestemming' en 'zonder toestemming' zijn uitermate complex, in veel opzichten zelfs complexer dan het begrip 'dwang'. Om dit te verduidelijken bespreek ik het volgende voorbeeld over misleiding.

Wanneer iemand onder valse voorwendselen wordt bewogen iets te betalen, dan is het niet vreemd – zelfs passend – om te zeggen dat deze persoon is 'opgelicht' of 'misleid'. Wel is het vreemd om te zeggen dat zo iemand is 'gedwongen'. Misleiding lijkt toch echt iets anders dan dwang. Betrekken wij dit op de context van de zedendelicten, dan is het niet raar wanneer een dwangmodel in een bepaald land geen bescherming biedt tegen iets als 'seksuele misleiding', bijvoorbeeld het geval dat iemand zich in het donker voordoet als de partner van de ander. Die ander is misleid, maar niet *gedwongen*. Relateren wij dezelfde casus evenwel aan het begrip 'toestemming' in een consentmodel, dan ontstaat een vraag met een andere dynamiek: was hier sprake van toestemming? In zekere zin wel en in zekere zin niet. Maar er was in ieder geval geen toestemming wanneer *geldige* toestemming nodig is ('valid consent'). Hier is de toestemming onder invloed van misleiding tot stand gekomen, dus op ongeldige wijze, en daarom is er per saldo geen toestemming. Seksuele misleiding is bij deze uitleg dus strafbaar als het zou aankomen op het bestanddeel 'zonder toestemming'.

Welnu, een consentmodel noopt er in beginsel toe positie te kiezen ten opzichte van allerlei varianten van 'geldige toestemming', en de daaraan gerelateerde termen 'vrijwilligheid' en 'onvrijwilligheid'. Dit omvat meer dan alleen kwesties van misleiding. Bijvoorbeeld: als een kind duidelijk instemt met seksuele handelingen, is er dan nog ruimte om te zeggen dat het kind 'onvrijwillig' handelde? Zo ja, hoe zit dat precies? En bij verstandelijk beperkte personen? En kan ook tijdens de slaap of bij bewusteloosheid van 'onvrijwilligheid' worden gesproken? In een consentmodel moet dus veel aandacht uitgaan naar de betekenis van de gekozen consent-termen en de daaraan verwante problematiek van de geldige toestemming. Dit raakt al snel het gehele systeem van de zedendelicten.

### 3. Het dwangmodel in Nederland

In Nederland zijn verkrachting en aanranding sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht strafbaar gesteld in art. 242 Sr respectievelijk art. 246 Sr. De delictsomschrijvingen luiden thans als volgt:

#### *Artikel 242 Sr*

Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.

*Artikel 246 Sr*

Hij die door geweld of een andere feitelijke of bedreiging met geweld of een andere feitelijke iemand dwingt tot het plegen of dulden van ontuchtige handelingen, wordt, als schuldig aan feitelijke aanranding van de eerbaarheid, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.

De bepalingen hebben een identieke structuur. De centrale delictsgedraging is ‘dwingen’. De dader dient het slachtoffer te hebben gedwongen. Deze gedraging wordt nader gespecificeerd door de formulering van bepaalde dwangmiddelen en dwanggevolgen. Wat de dwangmiddelen betreft, valt op dat zij in beide bepalingen eveneens gelijkluidend zijn. De dader moet zich hebben bediend van ‘geweld of een andere feitelijke of bedreiging met geweld of een andere feitelijke’. Het verschil tussen verkrachting en aanranding wordt zichtbaar bij de dwanggevolgen: het delict verkrachting beperkt zich tot gevallen waarin het slachtoffer werd gedwongen een ‘seksueel binnendringen’ te ondergaan. Van een dergelijk binnendringen is sprake bij geslachtsgemeenschap en bij een wat betreft de ernst van de inbreuk op de seksuele integriteit daarmee vergelijkbare gedraging.<sup>20</sup>

Een eerste indicatie dat hier te lande een dwangmodel wordt gehanteerd, ligt vanzelfsprekend in het gebruik van het werkwoord ‘dwingen’. Maar welke betekenis wordt aan dat bestanddeel verleend? In de wetsgeschiedenis is aan het bestanddeel weinig handen en voeten gegeven. De algemene visie van de wetgever op de zedendelicten is in de onderhavige context niettemin veelzeggend. Het doel van het zedenrecht is volgens de wetgever gelegen in “het beschermen van de seksuele integriteit van personen, die daartoe zelf, op een bepaald moment dan wel in het algemeen, niet in staat zijn”.<sup>21</sup> Deze visie impliceert, omgekeerd, dat het zedenrecht geen bescherming beoogt te bieden in situaties waarin personen juist wel in staat zijn hun eigen seksuele integriteit te beschermen. Dat is precies het kenmerk van een dwangmodel zoals dat in paragraaf 2 werd gesignaleerd: de seksuele integriteit wordt pas beschermd wanneer de eigen handelingsvrijheid – hier: de vrijheid om de seksuele integriteit zelf te beschermen – is aangetast. Naast het bezigen van het werkwoord ‘dwingen’ is ook deze algemene visie dus een indicatie dat art. 242 en 246 Sr daadwerkelijk als dwangmodellen zijn bedoeld.

De Hoge Raad heeft het bestanddeel ‘dwingen’ in de loop der jaren stapsgewijs verduidelijkt en inmiddels zijn in zijn jurisprudentie alle vier componenten van het eerder omschreven dwangmodel te herkennen: (1) onvrijwilligheid bij het slachtoffer alsmede (2) opzet daarop bij de verdachte, en (3) onvermijdbaarheid bij het slachtoffer alsmede (4) opzet daarop bij de verdachte.<sup>22</sup> Voor het opzet van de verdachte is voorwaardelijk opzet telkens voldoende.<sup>23</sup> Voorts drukt de Hoge Raad het vereiste van onvermijdbaarheid doorgaans zo uit, dat het voor het slachtoffer ‘zo moeilijk’ was zich te verzetten of onttrekken dat sprake was van dwang<sup>24</sup>, of dat het slachtoffer zich ‘naar redelijke verwachting’ niet kon verzetten

<sup>20</sup> HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer (*Tongzoen II*).

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 1988/89, 20 930, 5, p. 4.

<sup>22</sup> Zie *Lindenbergh* 2015, p. 220 e.v.

<sup>23</sup> Zie o.m. HR 3 november 1998, *NJ* 1999/125 (art. 242 Sr); HR 13 september 2005, *NJ* 2006/234 (art. 284 Sr); HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (art. 242 en 246 Sr); HR 9 oktober 2007, *NJ* 2007/555.

<sup>24</sup> Zie o.m. HR 12 december 2006, *NJ* 2007/422 m.nt. Buruma (art. 242 en 246 Sr); HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307 (art. 246 Sr); HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/438, m.nt. Keijzer (art. 242 Sr).

of onttrekken.<sup>25</sup> Er zijn geen signalen dat de Hoge Raad met dit onvermijdbaarheidsvereiste de hand licht en dat interpretatiegewijs richting een consentmodel zou worden opgeschoven. Gegeven het belang van de bestending van deze jurisprudentie – daarin ligt immers het behoud van het dwangmodel besloten – is het goed op deze plaats een van de betreffende arresten te belichten.

Het arrest HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307 biedt een typisch voorbeeld van een geval waarin, bij een vervolging wegens aanranding, de onvrijwilligheid bij het slachtoffer en het opzet daarop bij de verdachte vrij evident konden worden geacht, maar het bewijs van de onvermijdbaarheid een discussiepunt vormde. Een vijftienjarig meisje had een vertrouwensband opgebouwd met een vriend van haar moeder en bezocht zijn woning regelmatig. Deze vriend, een voormalig sportmasseur, stelde het meisje bij een van deze bezoeken voor haar te masseren in verband met haar rugklachten. Volgens de verklaring van het meisje, welke verklaring door het Hof tot het bewijs van aanranding was gebezigd, verliep haar bezoek daarna als volgt:

“Ik zei dat ik dat wel wilde. Ik heb mijzelf uitgetkleed op mijn BH en string na en ik ben op mijn buik op het eenpersoonsbed in de computerkamer gaan liggen. Terwijl ik op mijn buik lag heeft [verdachte] mijn BH-bandje los gemaakt en trok hij ook mijn string uit. Ik werkte daar gewoon aan mee. Ik voelde mij er wel wat ongemakkelijk bij. Ik ben er toch mee akkoord gegaan omdat ik [verdachte] volledig vertrouwde. Op een gegeven moment stelde [verdachte] voor om ook de binnenkant van mijn bovenbenen te masseren en hij vroeg mij of ik mijzelf wilde omdraaien zodat hij er beter bij zou kunnen. Ik heb dat toen ook gedaan. Ik ben op mijn rug gaan liggen. Ik voelde mij er niet erg gemakkelijk bij want ik lag nu helemaal bloot voor hem. Ik liet het toch gebeuren omdat ik dacht dat ik hem kon vertrouwen. [Verdachte] begon vervolgens opmerkingen naar mij te maken, o.a. "je hebt een mooi poesje" en hij kwam naast mij op het bed liggen. Hij zei dat hij olie op mij poesje wilde doen tegen de droogte. Ik zei toen heel nadrukkelijk: "[verdachte] ophouden." [Verdachte] deed vervolgens massage-olie op zijn hand en ging met zijn rechterhand tussen mijn benen. Hij wreef met zijn rechterhand/vingers over de buitenkant van mijn vagina en schaamlippen. Ik zei tegen [verdachte] dat hij moest ophouden. [Verdachte] gaf mij, terwijl hij naast mij lag, nog een kus op mijn rechterwang. Ik sprong toen op en ben mezelf gaan aankleden. Ik ben gelijk naar huis gegaan.”

In cassatie werd namens de verdachte geklaagd over de bewezenverklaarde dwang in de context van art. 246 Sr (aanranding). Die klacht vond weerklank in de conclusie van A-G Knigge:

“Dat het slachtoffer zich niet tegen de handeling kon verzetten of zich daaraan niet kon onttrekken, blijkt mijns inziens niet zonder meer uit de bewijsmiddelen. Het feit dat het slachtoffer de verdachte bij wijze van spreken commandeerde om op te houden ("[verdachte], ophouden") en dat de verdachte, nadat het slachtoffer dit had herhaald, ook werkelijk ophield, wijst er veeleer op dat het slachtoffer nog macht over de situatie had. Voorts past ook het gegeven dat de verdachte zich gedrongen voelde zich te verontschuldigen (in de vorm van een kus op de wang), minder goed bij een dader die zojuist de wil van het slachtoffer heeft gebroken om zijn eigen wil door te zetten. (...) De klacht dat uit de bewijsmiddelen niet kan worden afgeleid dat de verdachte het slachtoffer heeft gedwongen, is mijns inziens derhalve gegrond.”

<sup>25</sup> HR 27 augustus 2013, *NJ* 2013/427 (art. 242 Sr).

Ook de Hoge Raad achtte de bewezenverklaring van aanranding onvoldoende gemotiveerd:

“Uit de gebezigde bewijsmiddelen kan niet zonder meer volgen dat de verdachte opzettelijk een zodanige psychische druk heeft uitgeoefend of het slachtoffer in een zodanige afhankelijkheidssituatie heeft gebracht, dat zij zich daardoor niet tegen de seksuele handelingen kon verzetten, of dat de verdachte het slachtoffer heeft gebracht in een zodanige, door hem opzettelijk veroorzaakte (bedreigende) situatie dat het voor haar zo moeilijk was om zich aan die handelingen te onttrekken dat er sprake was van dwang van de kant van de verdachte (vgl. HR 12 december 2006, LJN AY7767, NJ 2007, 422). De bewezenverklaring is dus ontoereikend gemotiveerd.”

De Hoge Raad houdt dus vast aan de eis van onvermijdbaarheid, en daarmee aan het dwangmodel in het algemeen.

Wel moet ten slotte worden vermeld dat de Hoge Raad op een ander, maar samenhangend punt een ruime invulling geeft aan ‘dwingen’. Daaronder schaaft de Hoge Raad ook zogenoemd onverhoeds handelen, zoals een onverhoedse onzedelijke betasting; een betasting die de ander niet verwacht en die daardoor niet kan worden gepareerd.<sup>26</sup> Deze vorm van ‘dwingen’ beantwoordt niet aan de klassieke vormen van dwang (door bedreiging of door verzet-brekend geweld), maar heeft wel met die vormen gemeen dat het gevolg onvermijdbaar is. Aan het slachtoffer wordt de mogelijkheid van verzet ontnomen. Wellicht had de bovenstaande massage-zaak op die manier gered kunnen worden (de tenlastelegging was niet toegespitst op onverhoeds handelen), als het handelen tenminste echt onverhoeds was. De vaststelling dat het meisje het handelen van de verdachte vreesde en daardoor toch ook min of meer verwachtte, zou het aannemen van ‘dwingen’ alsnog verhinderen.<sup>27</sup>

#### 4. De overstap van dwang- naar consentmodel in Duitsland

##### 4.1 Het oude dwangmodel

Zoals in de inleiding werd beschreven, trad in november 2016 in Duitsland een wijziging van de zedendelicten in werking. Een van de meest fundamentele wijzigingen betrof een volledige herformulering van § 177 StGB, dat beschermde tegen ‘sexuelle Nötigung’ en ‘Vergewaltigung’. Inhoudelijk vertoonde § 177 StGB in zijn oude redactie sterke gelijkenis met onze misdrijven ‘aanranding’ en ‘verkrachting’:

*§ 177 (oud) StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)*

- (1) Wer eine andere Person
  1. mit Gewalt,
  2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder
  3. unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.
- (2) 1. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

<sup>26</sup> Zie o.a. HR 16 november 2004, NJ 2005/20; HR 22 mei 2007, NJ 2007/315.

<sup>27</sup> Vgl. de casus in Rb. Dordrecht 15 februari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP4626.

2. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
    1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen läßt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder (...)
- (...)

De gelijkenis ligt in de basisstructuur: de uitdrukking ‘nötigen’ (dwingen) fungeerde als centrale delictsgedraging, met daaraan verbonden dwangmiddelen (lid 1 onder 1, 2 en 3) en dwanggevolgen. Het algemene dwanggevolg was, kort gezegd, het dulden of verrichten van seksuele handelingen (lid 1, slot). Vervulling van deze bestanddelen creëerde een geval van ‘Sexuelle Nötigung’, van aanranding. Het misdrijf ‘Vergewaltigung’ – verkrachting – was geen apart misdrijf, maar een strafverzwaringsgrond (een in de regel ‘besonders schwerer Fall’ van aanranding; zie lid 2 onder 2).

§ 177 (oud) StGB vormde voor menigeen een steen des aanstoets, al lang vóór de Keulsen en hun nasleep.<sup>28</sup> Het is interessant om, voordat wordt gekeken naar het nieuwe consentmodel, een aantal gronden voor deze kritiek kort te bekijken. Deze laten zien dat het dwangmodel in Duitsland strikter was dan ons eigen huidige dwangmodel en voorzien de Duitse tournure daarmee van meer context.

Ten eerste werd kritiek geleverd op de beperkte reikwijdte van het dwangmiddel ‘Drohung’. De wet beschermde alleen tegen dwang door ‘Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben’. Het BGH was ook niet genegen daar ruime toepassing aan te geven, zoals onder meer bleek uit een zaak waarin de verdachte zijn stiefdochter zou hebben aangerand en verkracht:

“Soweit der Angekl. damit gedroht hat, im Weigerungsfalle die Mutter zu verlassen, sowie hinsichtlich der 15 Fälle des Tatgeschehens in der eigenen Wohnung der Stieftochter im April 2005 angedroht hat, er würde im Weigerungsfalle „mit seinem Auto in ihr Wohnzimmerfenster reinfahren und die Wohnung kurz und klein schlagen“, erfüllt dies von vornherein nicht die Voraussetzungen einer Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben.”<sup>29</sup>

In Nederland kan daarentegen elke vorm van bedreiging voldoende zijn. De reikwijdte van de dwangmiddelen ‘feitelijkheid’ en ‘bedreiging met een feitelijkheid’ in art. 242 en 246 Sr lijkt namelijk onbegrensd. Dat brengt mee dat het bij ons in hoofdzaak draait om de vraag of het slachtoffer is gedwongen. Is het antwoord bevestigend, dan past daar in de regel ook wel één van de in de wet geformuleerde dwangmiddelen bij.<sup>30</sup>

Ten tweede was in Duitsland slechts beperkte bescherming te verwachten van § 177 lid 1 onder 3 (oud) StGB – het misbruik maken van een ‘schutzlose Lage’ – omdat het BGH

<sup>28</sup> Zie hierover, met verwijzingen, o.a.: Grieger e.a. 2014, Rabe & Von Normann 2014, Hörnle 2015, Renzikowski 2015; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage 2017, aant. II.1.a bij § 177 StGB (Frommel). Overigens moet in acht worden genomen dat de kritische literatuur de rechtspraak niet altijd even genuanceerd duidt (vgl. Fischer 2016). Niettemin is de strekking van de hierna beschreven analyse in vrijwel alle commentaren terug te vinden.

<sup>29</sup> BGH 13 juni 2006, *NStZ-RR* 2006, 269. Dergelijke, minder vergaande bedreigingen konden overigens wel een geval van ‘Nötigung’ opleveren zoals strafbaar gesteld in art. 240 StGB (algemene dwang).

<sup>30</sup> Zie hierover Lindenberg 2015, p. 209-220.



de onvermijdbaarheid van de slachtoffersituatie streng beoordeelde. Onder meer de vaststelling dat het slachtoffer om hulp had kunnen schreeuwen, kon de toepassing van de bepaling verhinderen.<sup>31</sup> Ook dit lijkt in schril contrast te staan met art. 242 en 246 Sr, waar de Hoge Raad de onvermijdbaarheid rekkelijker beoordeelt: wat kon het slachtoffer naar redelijke verwachting nog doen? Dat criterium is niet alleen verbonden aan objectieve beperkingen, maar laat ruimte voor het meewegen van door het slachtoffer ervaren beperkingen.<sup>32</sup>

Ten derde richtte de kritiek zich op de relatie die het BGH bij § 177 (oud) StGB aanbracht tussen dwangmiddel en dwanggevolg. Volgens het BGH diende het dwangmiddel reeds ten tijde van zijn aanwending opzettelijk als seksueel dwangmiddel te zijn ingezet. Het middel moest met het doel als het ware van meet af aan ‘final verknüpft sein’. Dat was volgens het BGH bijvoorbeeld niet het geval toen een verdachte een man doodschoot en later de kans te baat nam om seksueel binnen te dringen bij een getuige van de aanslag, een inmiddels angstig en verdoofd geraakte vriendin van de doodgeschoten man. Niet kon vaststaan dat opzettelijk was geschoten ten dienste van het binnendringen.<sup>33</sup> Hoe de situatie is in Nederland op dit punt, laat zich niet volledig vaststellen. Wel zijn er indicaties dat de eerder besproken ruime strekking van de dwangmiddelen in art. 242 en 246 Sr het mogelijk maakt dat een dergelijke casus tot een veroordeling leidt. Niet het pistoolschot wordt dan als dwangmiddel genomen, maar het bewust misbruik maken van iemands ontstane onmacht, wetende dat die onmacht door eigen toedoen is ontstaan; dát is dan de ‘feitelijkheid’ waarmee wordt gedwongen.<sup>34</sup>

Ten vierde kan worden gewezen op iets wat vooral na de Keulse rellen grotere bekendheid kreeg in Duitsland, namelijk de omstandigheid dat onverhoeds handelen niet door § 177 (oud) StGB werd gedekt. Iemand onverhoeds grijpen bij de borsten of in het kruis, of zelfs onverhoeds penetreren, beantwoordde niet aan de wettelijke dwangmiddelen, in het bijzonder niet aan ‘Gewalt’,<sup>35</sup> en de ‘schutzlose Lage’.<sup>36</sup> Zoals in paragraaf 3 aan de orde is geweest, kan onverhoeds handelen in Nederland wel aanranding of verkrachting opleveren.

#### 4.2 Naar een consentmodel

De kritiek op het dwangmodel in § 177 (oud) StGB werd het laatste decennium steeds vaker geuit in de literatuur en in rapportages van NGO's.<sup>37</sup> Uiteindelijk kwam de politiek in beweging. Er werden nieuwe redacties ontworpen en besproken, en langzaamaan ontstond draagvlak voor een consentmodel. Een katalysator in het gehele wetgevingsproces was zoals gezegd de maatschappelijke commotie na de Keulse rellen op oudjaarsnacht 2015-2016. De definitieve tekst werd tegen de zomer van 2016 aangenomen en trad op 10 november 2016 in werking.

<sup>31</sup> BGH 25 januari 2006, *NStZ* 2006, 395; BGH 26 augustus 2005, *NStZ* 2006, 165.

<sup>32</sup> Vgl. Lindenberg 2015, p. 209-223.

<sup>33</sup> BGH 16 oktober 2012, *NStZ* 2013, 279.

<sup>34</sup> Vgl. HR 27 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2194, met name de conclusie van A-G Knigge. Zie voorts Lindenberg 2007, p. 172-174.

<sup>35</sup> BGH 4 juni 2013, *BeckRS* 2013, 10644.

<sup>36</sup> BGH 8 november 2011, *NStZ* 2012, 268.

<sup>37</sup> Vgl. Grieger e.a. 2014; Rabe & Von Normann 2014; Hörnle 2015; Hörnle 2017a; Schönke/Schröder/Eisele. *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, aant. II bij § 177 StGB (Eisele), met verwijzingen.

Voor deze bijdrage zijn de hierna opgenomen elementen van het nieuwe § 177 StGB relevant. Het gaat om een nieuw basisdelict ‘sexueller Übergriff’ (lid 1), om een vergelijkbaar delict tegen onmachtigen (lid 2) en om bepaalde strafverzwaringsgronden (lid 5 en lid 6), waaronder wederom ‘Vergewaltigung’:

*§ 177 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)*

(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn

1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern,
2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert,
3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt,
4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder
5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

(...)

(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter

1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet,
2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder
3. eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

(6) 1. In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen.

2. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung) (...)

(...)

Het fundamentele karakter van de wijzigingen blijkt direct uit het eerste lid. De oude delictsgedraging ‘dwingen’ is ingeruild voor, beknopt gezegd, het simpelweg verrichten of ontvangen van seksuele handelingen. Cruciaal is natuurlijk de aanvullende eis dat dit gebeurt ‘gegen den erkennbaren Willen’ van de ander, waarop, naar algemene regels, ook het opzet van de verdachte moet zijn gericht.<sup>38</sup> Deze componenten vormen de verwezenlijking van het consentmodel.

<sup>38</sup> Meer specifiek drukte de memorie van toelichting uit: ‘Der subjektive Tatbestand ist erfüllt, wenn es der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers geschieht’; Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 23. Hierin lijkt ook de weerlegging te liggen van de opvatting dat § 177 lid 1 StGB met ‘erkennbar’ een culpoos, dus veel ruimer delict schept (voor deze opvatting zie o.a. Fischer 2016). Aan ‘erkennbar’ zijn weliswaar objectieve factoren verbonden – zie hierna, paragraaf 4.3 – maar op die factoren moet het opzet ook

Eveneens is te zien dat het model is doorgetrokken naar het misdrijf verkrachting: de strafverzwarringsgrond in § 177 lid 6 onder 1 ('Vergewaltigung') grijpt mede terug op het eerste lid en is al van toepassing wanneer de seksuele handelingen bestaan uit geslachtsgemeenschap.<sup>39</sup> Daarnaast zijn de dwangmiddelen uit § 177 lid 1 (oud) StGB uit hun dwangcontext gehaald. Zij functioneren nu in § 177 lid 5 StGB als zelfstandige factoren die een gekwalificeerde vorm van 'Sexueller Übergriff' opleveren (bijvoorbeeld het vervullen van het eerste lid onder de uitoefening van 'Gewalt'; daarvoor hoeft geen dwang te blijken).

#### 4.3 'Gegen den erkennbaren Willen'

De uitdrukking 'gegen den erkennbaren Willen' in het eerste lid, is een interessant eindresultaat van discussies over de vraag hoe de invoering van een consentmodel haar beslag moest krijgen. Vooral in de literatuur zijn alternatieven aangedragen en geanalyseerd, zoals 'zonder instemming', 'zonder toestemming', 'zonder overeenstemming', 'tegen de wil' en 'tegen de geuite wil'.<sup>40</sup> Het is dus geworden: tegen de kenbare wil.

Elk van de genoemde uitdrukkingen laat allerlei interpretaties toe, en daardoor geldt hetzelfde voor de onderlinge verschillen. Dat is ook terug te zien in de literatuur.<sup>41</sup> Niettemin zijn bepaalde verschillen goed te beredeneren. Zo kunnen uitdrukkingen die weergeven dat iets ontbreekt ('zonder instemming', 'zonder toestemming', 'zonder overeenstemming') worden aangegrepen om een model van zogenoemde *affirmative consent* in te voeren; een model dat vereist dat een positief signaal van instemming aanwezig is. In Duitsland wordt hieraan wel gerefereerd als de 'nur Ja heißt Ja'-varianten.<sup>42</sup> Deze leggen een hoge verantwoordelijkheid op de potentiële verdachte, vooral wanneer non-verbale positieve signalen van de ander niet genoeg zouden zijn. Maar natuurlijk kunnen dezelfde uitdrukkingen ook minder streng worden ingevuld, bijvoorbeeld door een 'wie zwijgt stemt toe'-mogelijkheid in te bouwen. 'Overeenstemming' bijvoorbeeld, heeft doorgaans een diepgewortelde civielrechtelijke connotatie en in die context wordt onder omstandigheden aan enkel stilzwijgen instemmende betekenis verleend.

De overige genoemde uitdrukkingen – 'tegen de ... wil' – impliceren een strijdigheid tussen de seksuele handelingen en de attitude van het slachtoffer. 'Tegen de wil' lijkt de materiële norm geheel afhankelijk te maken van de innerlijke situatie van het slachtoffer. 'Tegen de geuite wil' haalt dat innerlijk aspect vervolgens meer naar de buitenkant door er aanvullend een uiterlijk aspect aan vast te knopen. Datzelfde doet het uiteindelijk gekozen bestanddeel 'tegen de kenbare wil'.

Deze laatste twee varianten zijn beide te zien als 'Nein heißt Nein'-modellen. Het verschil tussen deze varianten oogt niet onmiddellijk groot, maar kan, afhankelijk van context en interpretatie, toch doorslaggevend zijn, bijvoorbeeld bij een slachtoffer dat niets zegt en zich evenmin in andere daden bewust 'uit', maar wel huult. Uit de memorie van toelichting

---

betrokken zijn. Vgl. El-Ghazi 2017, p. 165. Bepaalde auteurs vrezen evenwel dat het opzet hier een te laagdrempelige invulling krijgt. Zie o.a. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage 2017, aant. II.3.a.bb bij § 177 StGB (Frommel).

<sup>39</sup> Vgl. Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 28.

<sup>40</sup> Zie o.a. Hörnle 2015; Herning & Illgner 2016; Hörnle 2017a; Isfen 2017, met verwijzingen.

<sup>41</sup> Ik verwijs kortheidshalve naar de bronnen in de vorige noot.

<sup>42</sup> Zie o.a. Herning & Illgner 2016; Isfen 2017.

blijkt in ieder geval dat de Duitse wetgever bij het bestanddeel ‘gegen den erkennbaren Willen’ niet alleen verbale en non-verbale uitingen relevant acht, maar ook niet-intentionele lichamelijke reacties zoals huilen:

“Ob der entgegenstehende Wille erkennbar ist, ist aus der Sicht eines objektiven Dritten zu beurteilen. Für diesen ist der entgegenstehende Wille erkennbar, wenn das Opfer ihn zum Tatzeitpunkt entweder ausdrücklich (verbal) erklärt oder konkludent (zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) zum Ausdruck bringt. Unerheblich ist, aus welchen Gründen das Opfer die sexuelle Handlung ablehnt. Der bloße innere Vorbehalt des Opfers ist jedoch nicht maßgeblich. Auch werden Fälle, bei denen die Motivlage des Opfers ambivalent ist, nicht von der Vorschrift erfasst. Denn es ist dem Opfer zuzumuten, dem entgegenstehenden Willen zum Tatzeitpunkt eindeutig Ausdruck zu verleihen (...). Soweit bestimmte Umstände vorliegen, in denen dies dem Opfer nicht zuzumuten oder faktisch nicht möglich ist, ist Absatz 2 einschlägig.”<sup>43</sup>

In deze toelichting zien wij ook dat aandacht is besteed aan de objectieve kant van de kenbaarheidseis. De onvrijwilligheid, het ‘niet-willen’, moet voor een objectieve derde kenbaar zijn. En voor deze derde ligt de grens niet zonder meer bij omstandigheden die aanleiding zouden geven voor enige twijfel, dus voor het doen van nader onderzoek. Ambivalentie wordt immers op zichzelf niet door het eerste lid beschermd, zo volgt uit de toelichting.<sup>44</sup> Dat is niet zonder reden: volgens de wetgever mag van het slachtoffer worden verwacht dat hij of zij het niet-willen ‘eindeutig’ tot uitdrukking brengt. Maar dit ‘tot uitdrukking brengen’ – met de implicatie van intentionaliteit – moet dan vermoedelijk weer niet worden gezien als materieelrechtelijk vereiste (dat zou niet te rijmen zijn met het genoemde huilen), maar als algemeen motief achter de keuze voor ‘erkennbar’. Het komt zo bezien aan op een – op grond van verklaringen, uitingen en lichamelijke reacties van het slachtoffer – duidelijk te achten niet-willen. De rechtspraak moet nog uitwijzen waar de grenzen precies worden getrokken.

#### 4.4 Bescherming bij onverhoeds handelen en tonic immobility

Het tweede lid van § 177 StGB beschermt thans tegen misbruik van allerlei vormen van onmacht. Het gaat onder meer om reeds bestaande onmacht, zoals een verstandelijke en fysieke beperking. Oude bepalingen die beschermden tegen misbruik van dergelijk onmachtige personen (vergelijk bij ons art. 243 en 247 Sr) konden daardoor vervallen.<sup>45</sup> Voor het onderhavige thema is evenwel interessanter om te letten op de bescherming van personen die in het algemeen wel weerbaar kunnen worden geacht, maar op grond van de omstandigheden zich niet in staat hebben gevoeld te doen wat het eerste lid in zekere zin van hen eist: het kenbaar maken van de onvrijwilligheid. De zojuist geciteerde memorie van toelich-

<sup>43</sup> Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 22-23.

<sup>44</sup> Vgl. Renzikowski 2016, p. 3554; El-Ghazi 2017, p. 165.

<sup>45</sup> Misbruik maken van bepaalde vormen van onmacht wordt in § 177 lid 4 StGB nog zwaarder aangerekend: ‘Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.’ Zie over deze thema’s o.a. Schönke/Schröder/Eisele, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, aant. B.II en B.III bij § 177 StGB (Eisele); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage 2017, aant. II bij § 177 StGB (Frommel); *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. II.2 bij § 177 StGB (Renzikowski).

ting ging daar in de slotzin op in. Ingeval het ‘eindeutig’ tot uitdrukking brengen van de onvrijwilligheid niet van het slachtoffer mag worden verwacht of voor het slachtoffer feitelijk onmogelijk is, dan is het tweede lid van toepassing. Zo drukt althans de toelichting dat uit: ‘Soweit bestimmte Umstände vorliegen, in denen dies dem Opfer nicht zuzumuten oder faktisch nicht möglich ist, ist Absatz 2 einschlägig.’ Het is goed te benadrukken dat dit iets minder ruimhartig is dan het lijkt. Om dit te laten zien zal de geschetste positie – die van een in beginsel weerbaar slachtoffer die niet voldoet aan het eerste lid – worden gerelateerd aan de eisen van het tweede lid.

Geen twijfel bestaat over de nieuwe status van onverhoeds handelen; dit wordt nu expliciet genoemd in § 177 lid 2 onder 3 StGB (een ‘Überraschungsmoment ausnutzen’). Personen die op zichzelf in staat zijn zich te weren, maar daarvoor de kans niet krijgen door de onverhoedse handelwijze van de ander, vinden dus bescherming in deze nieuwe bepaling. De aparte bescherming was nodig omdat de wetgever in het eerste lid (‘gegen den erkennbaren Willen’) uitgaat van een daadwerkelijk gevormd ‘niet-willen’ en niet slechts van een aanname of latente situatie. En een bewust-niet-willen kan bij het slachtoffer pas na afloop van de onverhoedse betasting ontstaan, of nog tijdens die betasting maar te laat om kenbaar gemaakt te worden.<sup>46</sup>

Moeilijker ligt het met de status van de in paragraaf 2 besproken tonic immobility. Een slachtoffer dat angstig wordt en lichamelijk bevroest, is bijna per definitie niet in staat iets kenbaar te maken. Ook zullen kenmerken van die staat van bevroering weliswaar afzonderlijk van elkaar waarneembaar kunnen zijn (zwijgen, stilliggen), maar naar verwachting doorgaans niet zodanig van aard zijn dat zij voor een objectieve derde op een duidelijk niet-willen duiden. Bescherming door het eerste lid van § 177 StGB zal in zo een geval ontbreken. Komt voor dit geval een onderdeel van § 177 lid 2 StGB in aanmerking?

§ 177 lid 2 onder 1 en 2 StGB hebben alleen betrekking op situaties van reeds bestaande onmacht, zoals verminderd bewustzijn door bijvoorbeeld drugs en alcohol, of een handicap.<sup>47</sup> Omdat bij de beschreven tonic immobility voorts geen sprake is van onverhoeds handelen (§ 177 lid 2 onder 3 StGB), resteert de bescherming van § 177 lid 2 onder 4 en 5 StGB. Deze onderdelen beschrijven een situatie van dreiging (onder 4; de verdachte ‘nutzt eine Lage aus in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht’) en een situatie van dwang door bedreiging (onder 5; de verdachte ‘nötigt’ het slachtoffer ‘durch Drohung mit einem empfindlichen Übel’). De juridische moeilijkheid van het tonic immobility-fenomeen ligt juist in situaties waarin de dreiging door het slachtoffer wordt gevoeld op grond van alle omstandigheden van dat moment samengenomen, en niet per se naar aanleiding van directe uiting van dwang of bedreiging door de verdachte. Het komt zo bezien aan op onderdeel 4: het ‘ausnutzen’ van een situatie ‘in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht’. Maar deze objectieve formulering verraadt haar betekenis al: de

<sup>46</sup> Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 25. Vgl. El-Ghazi 2017, p. 163. Overigens wordt deze bescherming tegen ongewenste seksueel getinte confrontaties aangevuld door § 184i (seksuele intimidatie) en § 184j StGB (groepsaansprakelijkheid bij zedenmisdriven, waaronder seksuele intimidatie). Dat zijn volledig nieuwe bepalingen die onderdeel uitmaakten van dezelfde herzieningswet.

<sup>47</sup> Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 23-25. Vgl. o.a. Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage 2017, aant. II.3.b bij § 177 StGB (Frommel); Schönke/Schröder/Eisele, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, aant. VI.2 bij § 177 StGB (Eisele).

perceptie van het slachtoffer is niet doorslaggevend, zelfs niet als de verdachte zich die verlamme perceptie realiseert en daarvan opzettelijk misbruik maakt. Het gaat om een objectieve dreiging; er moet echt iets dreigen te gebeuren. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer een duidelijk 'geweldsklimaat' heerst ('Klima der Gewalt') op basis van eerdere bedreigingen of mishandelingen. Te denken valt aan huiselijk geweld, inclusief seksueel geweld, waarbij ook achteraf voor derden goed te begrijpen is dat naar verloop van tijd steeds subtielere dreigingen hebben volstaan om het slachtoffer te laten zwichten.<sup>48</sup> In dat opzicht kan § 177 lid 2 onder 4 StGB een zeer vooruitstrevende bepaling worden genoemd. Toch lijken deze objectieve eisen, die ook bewijsrechtelijk het nodige vergen, veel situaties van tonic immobility buiten het bereik van het vierde onderdeel te houden, ook al zou kunnen vaststaan dat de verdachte van de verlamme angst opzettelijk misbruik heeft gemaakt.

Waarom de wetgever, gegeven zijn doelstellingen, niet ook deze vorm van seksueel misbruik heeft proberen te vangen in de nieuwe wet, is mij niet duidelijk geworden uit de parlementaire stukken. Tonic immobility is door het parlement wel aan de orde gesteld.<sup>49</sup> Het is mogelijk dat politieke grenzen waren bereikt, of de grenzen van wetsdifferentiatie. § 177 StGB is in zijn huidige vorm al een veelomvattende, gemêleerde bepaling.

#### 4.5 Slot

Zoals blijkt, komt Duitsland uit een situatie waarin de zedenwetgeving op het gebied van verkrachting en aanranding een betrekkelijk beperkt bereik had, zelfs in vergelijking met het dwangmodel in Nederland. Duitsland kende onder meer een strengere interpretatie van de onvermijdbaarheid en een beperktere formulering van de dwangmiddelen. Door dit laatste was ook onverhoeds handelen van de werking van § 177 (oud) StGB uitgesloten.

Met de nieuwe wetgeving is er veel veranderd. Bijzonder is hoe de Duitsers in het nieuwe consentmodel een evenwicht hebben proberen te vinden tussen bescherming en eigen verantwoordelijkheid. In het oudere dwangmodel lag die eigen verantwoordelijkheid – zoals thans nog bij ons – in de impliciete veronderstelling dat een weerbaar slachtoffer verzet pleegt. Met de nieuwe eisen in § 177 lid 1 StGB is die veronderstelling komen te vervallen. Maar een eigen verantwoordelijkheid is er in wezen nog steeds: het tot uitdrukking brengen van de onvrijwilligheid; het kenbaar maken. Daarin is een belangrijk verschil gelegen tussen het Duitse consentmodel enerzijds en het Engelse en Belgische anderzijds, waar materieelrechtelijk aan de kant van het slachtoffer alleen onvrijwilligheid wordt geëist. Wel is de nieuwe eigen verantwoordelijkheid in Duitsland heel anders van karakter dan de oude. Het gaat er nu om de zelfbeschikking (het niet-willen; 'ik wil dit niet') te communiceren aan de wederpartij. Zoals een van de commentaren het uitdrukt: "Im Mittelpunkt dieser Vorschrift steht die Rekonstruktion der Kommunikation und des Kontextes der sexuellen Beziehung. Da sexuelle Beziehungen nicht selten durch Ambivalenzen geprägt sind, wird den Partnern die Obliegenheit auferlegt, ihre Selbstbestimmung zu kommunizieren."<sup>50</sup> Lukt dat

<sup>48</sup> Deutscher Bundestag, 18. Wahlperiode, *Drucksache* 18/9097, p. 25-26. Vgl. o.a. *BeckOK StGB*, 40. Edition (bijgewerkt tot 1 november 2018), aant. B.II.4 bij § 177 StGB (Ziegler); *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. II.2.d bij § 177 StGB (Renzikowski).

<sup>49</sup> In het Duits 'Schreckstarre' of 'Schockstarre'. Zie o.a. Deutscher Bundestag, *Drucksache* 162/16 (Stellungnahme), p. 1.

<sup>50</sup> *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. I.1.b bij § 177 StGB (Renzikowski).

kenbaar maken niet, dan beoogt § 177 StGB aanvullende bescherming te bieden, maar we hebben gezien dat dit niet voor alle voorzienbare gevallen van opzettelijk misbruik is geslaagd.

In het voorgaande ligt ook besloten dat Duitsland het wilsbegrip niet te complex heeft willen maken. In Engeland en België staat het wilsbegrip in verband met het leerstuk van de 'geldige toestemming', waardoor bijvoorbeeld ook seksuele misleiding verkrachting kan opleveren.<sup>51</sup> In het Duitse § 177 lid 1 StGB is het wilsbegrip daarmee niet belast. Het gaat ten eerste om de bewust gevoelde tegenwil, die, ten tweede, ook naar buiten toe kenbaar moet zijn. Die enge interpretatie noopte vervolgens wel tot het inventariseren van daardoor ontstane leemtes. Een gevolg van die enge interpretatie is bijvoorbeeld de aparte voorziening tegen onverhoeds handelen in § 177 lid 2 onder 3 StGB.

## 5. Is het consentmodel een verdragsverplichting?

Aan de orde is geweest dat Engeland, België en Duitsland inmiddels een consentmodel hebben omarmd, maar Nederland niet. De belangrijkste juridische vraag die zich nu opdringt, is de vraag of de Nederlandse situatie wel in overeenstemming is met onze internationale verplichtingen. Daarvoor dient zoals gezegd te rade worden gegaan bij de twee verdragen die aanwijzingen kunnen bevatten voor een dergelijke verplichting: het EVRM en het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld, ook wel het Verdrag van Istanbul genoemd.<sup>52</sup>

### *EVRM*

Het EHRM wees al in 2003 een arrest waaruit menigeen afleidde dat verdragsstaten op grond van het EVRM verplicht waren onvrijwillige seks zonder meer strafbaar te stellen, dus zonder bijkomstige vereisten zoals dwang.<sup>53</sup> Het arrest – *M.C. tegen Bulgarije*<sup>54</sup> – gaf voor die conclusie ook aanleiding.

Het EHRM stelde in *M.C.* vast dat een aanzienlijk aantal landen niet langer het gebruik van geweld maar de afwezigheid van instemming doorslaggevend achtten voor het misdrijf 'verkrachting', ook waar de nationale bepalingen verwijzingen bevatten naar geweld of bedreiging met geweld. In dit laatste geval, zo signaleerde het Hof, werden interpretatiecorrecties toegepast. Voorts verwees het Hof naar de rechtspraak van het Joegoslavië Tribunaal, waarin de afwezigheid van instemming eveneens een centrale plaats had verworven, en naar een aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa uit 2002, waarin de lidstaten werden opgeroepen over te gaan tot het strafbaar stellen van "any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance". Ook wees het Hof op het voortschrijdend wetenschappelijk inzicht in de reden

<sup>51</sup> In beide landen zijn vormen van seksuele misleiding ook uitdrukkelijk in de wet genoemd. In Engeland levert misleiding een in beginsel onweerlegbaar rechtsvermoeden van non-consent op (art. 76 SOA 2003). Vgl. Horder 2016, p. 355-361. In België is er volgens het tweede onderdeel van art. 375 Sw geen sprake van toestemming wanneer de handelingen zijn opgedrongen door 'list'. Zie hierover Stevens 2002, p. 462-463.

<sup>52</sup> De volgende analyse volgt voor een deel de analyse in Lindenberg 2015, p. 223-228. Afwijkend is, zoals aangekondigd, de duiding van het Verdrag van Istanbul.

<sup>53</sup> Vgl. o.a. Pitea 2005; Rudolf & Eriksson 2007.

<sup>54</sup> EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98.

waarom slachtoffers vaak juist niet reageren, daarbij doelend op de eerder in deze bijdrage besproken ‘frozen fright’ of ‘tonic immobility’.<sup>55</sup>

Het Hof gaf aan dat het geheel van de relevante bronnen en omstandigheden “reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy” en dat “any rigid approach to the prosecution of sexual offences (...) risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy”. Daar voegde het Hof ten slotte kernachtig aan toe:

“In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member States’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim.”<sup>56</sup>

Het is geen grote stap om van mening te zijn dat deze slotoverweging, in het licht van de opbouw van het arrest, wijst op een verplichting strafrechtelijke bescherming te bieden tegen onvrijwillige seks – tegen ‘any non-consensual sexual act’ – hetzij door middel van een daarop geënte bepaling, hetzij via herinterpretatie van een bepaling die in haar bewoordingen meer vereist. Toch heeft het arrest in de jaren na zijn verschijning nauwelijks aandacht gekregen in Nederland, laat staan tot legislatieve bezinning geleid.<sup>57</sup> In sommige andere landen met een dwangmodel, zoals Zweden, stelde de wetgever onomwonden dat het EVRM ook met inachtneming van *M.C. tegen Bulgarije* geen stellige verplichting bevat tot het hanteren van een consentmodel.<sup>58</sup>

Steun voor een dergelijk terughoudende lezing van *M.C. tegen Bulgarije* nam toe naarmate de jaren vorderden: lange tijd werd de kernoverweging uit *M.C.* niet herhaald, ook niet in arresten waarin dat mocht worden verwacht op grond van de specifieke omstandigheden van het geval en de uitgangspunten in *M.C.*<sup>59</sup> In het WODC-rapport ‘Herziening van de zedendelicten?’ is in 2015 om deze reden tot de conclusie gekomen dat, ondanks de krachtige bewoordingen in *M.C.* in 2003, het zonder meer aannemen van een EVRM-verplichting tot het hanteren van een consentmodel nog een brug te ver is.<sup>60</sup>

In 2016 verschenen twee arresten van het EHRM waarin de uitgangspunten uit *M.C.* plots weer voorop werden gesteld.<sup>61</sup> Dat is opvallend en interessant, maar veel meer dan die vooropstelling bieden deze arresten voor het onderhavige vraagstuk in mijn ogen niet. De toepassing van de herhaalde regel dat ‘any non-consensual sexual act’ strafbaar moet zijn, vond plaats in een specifieke context. In beide zaken was sprake van seksueel misbruik

<sup>55</sup> EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98, par. 148-164.

<sup>56</sup> EHRM 4 december 2003, *M.C. t. Bulgarije*, nr. 39272/98, par. 166.

<sup>57</sup> Renée Kool is een van de weinige auteurs die de mogelijke implicaties van het arrest *M.C. tegen Bulgarije* in de jaren na zijn verschijning heeft geanalyseerd; zie Kool 2004 en Kool 2008.

<sup>58</sup> Zie hierover Asp 2009, p. 194. Evenwel is ook Zweden inmiddels, in 2018, overgestapt op een consentmodel. Voor de essentie van deze wijziging zie de overheidsinformatie op [www.government.se](http://www.government.se) (daarbinnen te vinden via de zoekterm ‘new sexual offences’; laatst geraadpleegd in december 2018).

<sup>59</sup> Zie o.a. EHRM 24 juli 2012, *D.J. t. Kroatië*, nr. 42418/10 en EHRM (Grote Kamer) 12 november 2013, *Söderman t. Zweden*, nr. 5786/08. Daarop wordt nader ingegaan in Lindenberg 2013, p. 521-524 en in mijn annotatie onder het Söderman-arrest in *EHRC* 2014/1.

<sup>60</sup> Lindenberg 2015, p. 224-226.

<sup>61</sup> EHRM 24 mei 2016, *I.C. t. Roemenië*, nr. 36934/08, *EHRC* 2016/175 en EHRM 15 maart 2016, *M.G.C. t. Roemenië*, nr. 61495/11, *EHRC* 2016/159. In mijn gecombineerde annotatie onder deze arresten ging ik al in op de navolgende problematiek.



van slachtoffers die reeds van zichzelf kwetsbaar waren; het betrof minderjarigen, van wie één ook nog een verstandelijke beperking had. Samengevat draaide het oordeel van het EHRM om de vraag of de betreffende staten zich voldoende hadden ingespannen om bij de duiding van het misdrijf 'verkrachting' betekenis te verlenen aan de bestaande kwetsbaarheden van het slachtoffer. Kennelijk vond het Hof – maar het is eveneens wachten op herhaling van deze implicaties – dat het delict 'verkrachting' moet toelaten dat dergelijke kwetsbaarheden in belangrijke mate bijdragen aan het oordeel dat de seks onvrijwillig was. Dat is een vergaande instructie aan verdragsstaten. Evenwel kan een dwangmodel een dergelijke instructie ook ter harte nemen zonder onvrijwillige seks algemeen strafbaar te achten. Het kan de mogelijkheid incorporeren om bij minderjarige of verstandelijk beperkte slachtoffers eerder het bestaan van dwang aan te nemen (iets wat de Hoge Raad overigens niet lijkt te doen in de in paragraaf 3 behandelde zaak van de masseur; HR 2 juni 2009, *NJ* 2009/307). Het komt mij dan ook voor dat de twee nieuwe arresten weliswaar bevestigen dat een rigide dwangmodel in strijd kan komen met het EVRM, maar nog steeds geen afgetekend antwoord geven op de vraag of het EVRM tot een algemeen consentmodel verplicht.

### *Verdrag van Istanbul*

Volgt de plicht om een consentmodel te hanteren dan wellicht uit het in 2011 tot stand gekomen Verdrag van Istanbul? Ogenschijnlijk geeft de tekst van het verdrag al antwoord op die vraag. In art. 36 is nagenoeg met zo veel woorden uitgedrukt dat onvrijwillige seks strafbaar moet worden gesteld, met het kernbegrip 'zonder wederzijds goedvinden' in de Nederlandse tekst en 'non-consensual' in de Engelse:

#### *Artikel 36 – Seksueel geweld, met inbegrip van verkrachting*

1. De partijen nemen de wetgevende of andere maatregelen die nodig zijn om te waarborgen dat de volgende opzettelijke gedragingen strafbaar worden gesteld:
  - a. het zonder wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander;
  - b. het zonder wederzijds goedvinden plegen van andere seksuele handelingen met een persoon;
  - c. het zonder wederzijds goedvinden een ander er toe bewegen seksuele handelingen te plegen met een derde.
2. De toestemming dient vrijwillig te zijn gegeven en voort te vloeien uit de vrije wil van de betrokken persoon hetgeen wordt vastgesteld in het licht van de omstandigheden.

(...)

#### *Article 36 – Sexual violence, including rape*

1. Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:
  - a engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;
  - b engaging in other non-consensual acts of a sexual nature with a person;
  - c causing another person to engage in non-consensual acts of a sexual nature with a third person.
2. Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(...)

Bij de toelichting op art. 36 in het *explanatory report* lijkt de tekstuele implicatie eerst volledig te worden ondersteund. De eerder beschreven kernoverweging van het EHRM in *M.C. tegen Bulgarije* wordt als leidraad genomen, alsmede de daaraan verwante stelling van het Hof dat aan het ontbreken van verzet geen betekenis mag worden verleend. De toelichting geeft daarnaast een volledige overweging weer uit *M.C.*, waarin het Hof verwijst naar landen die de strafbaarheid van onvrijwillige seks realiseren door middel van een contextuele interpretatie van bestanddelen als ‘geweld’ en ‘bedreiging’.<sup>62</sup> Dat wijst op een bevestiging van de hoofdregel dat verdragsbepalingen zoals hier aan de orde, geen vorm- maar resultaat-verplichtingen behelzen:<sup>63</sup> het gaat niet om het bezigen van dezelfde bewoordingen als die in art. 36, maar om het resultaat dat nationale wet en rechtspraak samen de strafrechtelijke bescherming bieden zoals die door art. 36 wordt geïmpliceerd. De toelichting expliciteert dit vervolgens ook, maar met een belangrijke toevoeging (mijn cursivering):

“In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. *It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.* Paragraph 2 only specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person’s free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.”<sup>64</sup>

Aan verdragslanden worden dus niet alleen de bewoordingen overgelaten, maar ook de ‘factors that they consider to preclude freely given consent’. Het is deze frase in de toelichting die mij in het WODC-rapport ‘Herziening van de zedendelicten?’ belette een evidente strijdigheid aan te nemen tussen ons dwangmodel en art. 36 van het Verdrag van Istanbul.<sup>65</sup> Natuurlijk, zowel de rechtspraak van het EHRM als het Verdrag van Istanbul met bijbehorende toelichting sporen onmiskenbaar aan tot het hanteren van een systeem dat in zijn functioneren zo dicht mogelijk tegen de tekst van art. 36 aan ligt. Maar, zo redeneerde ik, wanneer de inhoud van de kernbegrippen uitdrukkelijk wordt overgelaten aan de landen zelf, zoals bij het Verdrag van Istanbul gebeurt, dan wordt ook de duiding van art. 36 in belangrijke mate in handen van de landen gelegd. En door een dergelijk ruime *margin of appreciation* is eigenlijk nauwelijks meer aan te geven waar een twijfelgeval overgaat in aperte non-conformiteit.

Voor de Nederlandse regering vormden art. 242 en 246 Sr in ieder geval geen twijfelgeval bij de goedkeuring en implementatie van het Verdrag van Istanbul. Bij de goedkeuring stelde de memorie van toelichting kort en bondig dat de gedragingen genoemd in art. 36 lid

<sup>62</sup> *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 210), Istanbul 11 mei 2011 (beschikbaar op «coe.int»), par. 191.

<sup>63</sup> Vgl. Uzman 2013, p. 23-24.

<sup>64</sup> *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 210), Istanbul 11 mei 2011 (beschikbaar op «coe.int»), par. 193.

<sup>65</sup> Lindenberg 2015, p. 227-228.

1 onder a en b van het Verdrag van Istanbul werden gedekt door art. 242 Sr respectievelijk art. 246 Sr.<sup>66</sup> Daaraan voegde de minister tijdens het implementatieproces nog toe:

“De hiervoor genoemde gedragingen zijn strafbaar gesteld in de artikelen 242, 246 en 284 Sr, die dwangelementen bevatten, die het ontbreken van wederzijds goedvinden objectiveren. Het bestanddeel «dwingen» heeft een ruime strekking. Voldoende is dat er sprake is van een onvrijwillige en onvermijdbare situatie voor het slachtoffer. (...) Voor een aanpassing van het Wetboek van Strafrecht ter uitvoering van het Verdrag zie ik geen aanleiding.”<sup>67</sup>

Frappant is dat hier, tegen de achtergrond van het verdrag, wordt gezegd dat het Nederlandse bestanddeel ‘dwingen’ een ruime strekking heeft en dat ter adstructie daarvan mede wordt gewezen op de eis van onvrijwilligheid én onvermijdbaarheid. Hoe kan dat in dit verband ‘ruim’ worden genoemd? Misschien doelt de minister op de omstandigheid dat ons ‘dwingen’ niet tevens in *algemene* zin het bestaan van verzet eist (van ‘dwingen’ is in Nederland tenslotte ook sprake wanneer iemand weerloos wordt gemaakt door bijvoorbeeld een bedreiging, waardoor verzet uitblijft). In ieder geval blijkt dat de overwegingen uitgaan van een zeer beperkte reikwijdte van art. 36 van het verdrag.<sup>68</sup>

De reden dat ik art. 36 van het Verdrag van Istanbul thans anders duid dan enkele jaren geleden, ligt aan het feit dat ik de verdragstoelichting iets anders ben gaan lezen. Dat zit als volgt.

Ingeval toestemming is gegeven, wil nog niet zeggen dat die toestemming op een volwaardige manier tot stand is gekomen. Daarom is begrijpelijk en toe te juichen dat het tweede lid van art. 36 daarop ingaat. Tegelijkertijd is het trekken van de scheidslijnen tussen valide en niet-valide toestemming een lastige onderneming en op veel manieren te doen. Het is daarom eveneens begrijpelijk dat de opstellers van het verdrag in de toelichting benadrukken dat het in beginsel aan verdragsstaten zelf is welke factoren het aannemen van vrijelijk gegeven toestemming uitsluiten (‘factors that they consider to preclude freely given consent’). Maar bij dit alles – art. 36 lid 2 en de vrijheid om toestemming-uitsluitende factoren te bepalen – gaat het nog steeds alleen om het eventueel diskwalificeren van iets wat op het eerste oog toestemming zou kunnen heten. Bijvoorbeeld een ‘ja’ van het slachtoffer, terwijl blijkt dat die instemming is geuit onder geweldsuitoefening door de verdachte. Het nationale strafrecht zou aan dat geweld het gevolg kunnen verbinden dat materieel-rechtelijk geen sprake meer kan zijn van ‘toestemming’ (in die richting gaat het Belgische

---

<sup>66</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34 038, 3, p. 32.

<sup>67</sup> *Kamerstukken I* 2015/16, 34 039, C, p. 12.

<sup>68</sup> Overigens nam ook de Duitse overheid aanvankelijk een zeer beperkte reikwijdte aan, en zag in het verlengde daarvan weinig bezwaren in de oude redactie van § 177 StGB. Zie het *Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz*, “*Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*”, beschikbaar op: [www.bmjbv.de](http://www.bmjbv.de) (laatst geraadpleegd in december 2018). Vgl. Blume & Wegner 2014, p. 357; Isfen 2015, p. 221-222.

strafrecht)<sup>69</sup>, of dat een sterk bewijsvermoeden ontstaat voor de afwezigheid van toestemming (dat is de situatie in het Engelse strafrecht).<sup>70</sup>

Het is evenwel vreemd om aan art. 36 lid 2 en de genoemde frase uit de toelichting de conclusie te verbinden dat de vrijheid van verdragsstaten ook het spiegelbeeld bestrijkt. Dat wil zeggen: dat de vrijheid ook zo ver reikt dat zij factoren zouden mogen bepalen die de afwezigheid van toestemming uitsluiten (of makkelijker geformuleerd: dat zij vrij zijn te bepalen wat 'onvrijwillig' mag heten). En dat is op de keper beschouwd de vrijheid die een verdragsstaat zich permitteert wanneer hij een dwangmodel, met de eis van onvermijdbaarheid, in lijn acht met het Verdrag van Istanbul. Conformiteit tussen art. 36 en een rechtsorde met alleen een dwangmodel is uitsluitend bestaanbaar bij de vrijheid om te zeggen dat iets pas onvrijwillig is, wanneer het onvrijwillig is én onvermijdbaar. Onvermijdbaarheid wordt dan tot noodzakelijke voorwaarde van onvrijwilligheid gemaakt. Of kernachtig in het Engels: 'non-consensual' = non-consensual + unavoidable.

Iets dergelijks lijkt zo ver afgelegen van de gewone betekenis van de verdragstermen 'zonder wederzijds goedvinden' en 'non-consensual' dat het een ongerijmde indruk maakt. Verplicht het Verdrag van Istanbul ons daarmee tot het invoeren van een consentmodel? Ik ben geneigd te zeggen: ja. Vanuit het nieuwe perspectief is het moeilijk vol te houden dat een dwangmodel, zoals bij ons gelegen in de beperkte strekking van art. 242 en 246 Sr, in overeenstemming is met het verdrag.<sup>71</sup>

Inmiddels heeft de commissie die namens de Raad van Europa toeziet op correcte implementatie van het Verdrag van Istanbul (GREVIO: Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence) een aantal landenevaluaties afgerond. De evaluaties vertonen, als ik het goed zie, overeenkomsten met het zojuist ingenomen perspectief. Ten aanzien van Denemarken bijvoorbeeld, merkt de commissie op dat in het in 2013 gemoderniseerde Deense zedenrecht nog steeds geen bepaling is aan te treffen "that is based exclusively on the lack of consent, which is the central element in the way the Istanbul Convention frames sexual violence". De commissie besluit dit punt als volgt:

"GREVIO strongly encourages the Danish authorities to move away from the current sexual violence legislation and base it on the notion of freely given consent as required by Article 36, paragraph 1 of the Istanbul Convention. The absence of this is an important step towards holding perpetrators of rape accountable, notwithstanding that, for any number of reasons they did not have to resort to violence, threat of violence or duress. It would also allow the judiciary to focus, in the context of the surrounding circumstances of the case, on the assessment of the woman's free will and the ability of the perpetrator

<sup>69</sup> Vgl. het tweede onderdeel van art. 375 Sw: 'Toestemming is er met name niet wanneer de daad is opgedrongen door middel van geweld, dwang of list of mogelijk is gemaakt door een onvolwaardigheid of een lichamelijk of een geestelijk gebrek van het slachtoffer.' Zie hierover o.a. Stevens 2002, p. 460 en De Nauw 2010, p. 147. Natuurlijk hebben deze bepalingen ook een bewijsrechtelijk effect.

<sup>70</sup> Zie art. 75 SOA 2003, getiteld 'Evidential presumptions about consent'. Vgl. Horder 2016, p. 361-366.

<sup>71</sup> Tegen deze opvatting zou kunnen worden ingebracht dat de 'object and purpose' van een verdrag afwijken van de normale woordbetekenis kunnen rechtvaardigen, en dat in dit verband vooral moet worden gekeken naar de titel van art. 36 van het Verdrag van Istanbul: 'Seksueel geweld, met inbegrip van verkrachting'. Die titel zou dan rechtvaardigen dat de strekking van het verdragsbegrip 'zonder wederzijds goedvinden' ('non-consensual') mag worden beperkt tot situaties met een gewelddadige component. Deze redenering heeft in mijn ogen weinig overtuigingskracht, zoals ook dadelijk blijkt bij de bespreking van mogelijke kwalificatieverplichtingen.

to take notice of the woman's will, instead of evidence of other constituent elements of fact."<sup>72</sup>

Dat het hier ingenomen perspectief niet overal wordt gedeeld, kan ook blijken uit de reactie van Denemarken. "The Danish Government believes that the chapter [on sexual offences, KL] adheres to the requirements of the Convention by including all factors that preclude valid consent to sexual activity," aldus de reactie. Voor het overige wijst de Deense overheid op de al vaker besproken vrijwaring in de toelichting op het Verdrag van Istanbul: "It is, however, left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent."

Overigens is de verwachting dat GREVIO nog in 2019 haar evaluatie van Nederland publiceert. In de voorbereidende rapportage die de Nederlandse overheid opstelde voor GREVIO wordt slechts het bij de implementatie ingenomen standpunt summier herhaald: art. 242 en 246 Sr voldoen.<sup>73</sup>

Als wordt aangenomen dat het Verdrag van Istanbul verplicht tot het hanteren van een consentmodel, is het vervolgens de vraag of dat ook meebrengt dat misdrijven met de kwalificatie 'verkrachting' en 'aanranding' aan dat model moeten voldoen. Dat is een lastige vraag, maar voor zover ik kan overzien zijn er voor een bevestigend antwoord geen zwaarwegende aanwijzingen.

Natuurlijk valt op dat art. 36 van het Verdrag van Istanbul is getiteld: 'Seksueel geweld, met inbegrip van verkrachting'. De toelichting op art. 36 begint ook met de vaststelling: "This article establishes the criminal offence of sexual violence, including rape."<sup>74</sup> Daaruit kan in ieder geval blijken dat de opstellers van het verdrag een verband zagen tussen de titel en het beschreven gedrag. Maar met dat verband kunnen we nog alle kanten op. Er kan bijvoorbeeld, enerzijds, in de titel een verplichting worden gelezen om ten minste art. 36 lid 1 onder a 'verkrachting' te noemen (het zonder wederzijds goedvinden op seksuele wijze vaginaal, anaal of oraal met een lichaamsdeel of object binnendringen van het lichaam van een ander). Dat zou vanzelfsprekend een ingrijpende bijkomende eis van art. 36 zijn. Engeland zou zijn huidige zedenwet moeten bijstellen, en bij ons zou de Hoge Raad van zijn nieuwe Tongzoen-jurisprudentie<sup>75</sup> moeten terugkomen, als tenminste een afgedwongen tongzoen dan toch als 'verkrachting' moet worden aangemerkt. Maar anderzijds kan heel goed worden geleund op de verdragstoelichting, die benadrukt dat het aan de staten zelf is "to decide on the specific wording of the legislation". Daarin is tevens een kwalificatievrijheid te zien. Zoals gezegd gaat het bij verdragsimplementatie ook in de regel niet om de plicht bepalingen woordelijk te kopiëren. De grondslag van de titel van art. 36 kan tegen die

<sup>72</sup> Zie *GREVIO Baseline Evaluation Report Denmark*, 24 November 2017, p. 45-46 (beschikbaar op [www.coe.int/en/web/istanbul-convention/denmark](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/denmark); laatst geraadpleegd in december 2018).

<sup>73</sup> Zie het Nederlandse *Baseline Report* (september 2018; p. 48-49) op [www.coe.int/en/web/istanbul-convention/netherlands](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/netherlands) (laatst geraadpleegd in december 2018).

<sup>74</sup> *Explanatory report* bij het Verdrag van de Raad van Europa inzake het voorkomen en bestrijden van geweld tegen vrouwen en huiselijk geweld (CETS nr. 210), Istanbul 11 mei 2011 (beschikbaar op «coe.int»), par. 189.

<sup>75</sup> HR 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. Keijzer (*Tongzoen II*); HR 26 november 2013, *NJ* 2014/62, m.nt. Keijzer (*Tongzoen III*).

achtergrond in verband worden gebracht met het maatschappelijk ‘framen’ van het beschreven gedrag. In de titel wordt – bij dit gezichtspunt – tot uitdrukking gebracht dat onvrijwillige seks een stevige kwalificatie verdient, ook in zijn algemeenheid: sexual violence of seksueel geweld, of, zoals het in Duitsland heet: sexueller Übergriff.

Kortom, hoewel duidelijk is dat in het discours van inbreuken op de seksuele integriteit ook de kwalificatie een belangrijk thema vormt, zie ikzelf in het Verdrag van Istanbul en zijn toelichting geen duidelijke indicaties voor verplicht gebruik van de kwalificaties ‘verkrachting’ en ‘seksueel geweld’ (een plicht om iets ‘seksueel geweld’ te noemen zou van invloed kunnen zijn op de vrijheid om iets ‘aanranding’ te noemen). Mijn veronderstelling is dus dat de verdragsstaten vrij zijn om art. 36 van het Verdrag van Istanbul te vertalen naar een eigen kwalificatiesysteem, zolang in het betreffende zedenrecht materieel gezien ook een echt consentmodel bestaat; een strafbaarstelling waarin de onvrijwilligheid, naast een uitdrukking van de *mens rea*, het doorslaggevende bestanddeel vormt. Die strafbaarstelling lijkt overigens wel van enig gewicht te moeten zijn, wat er ook zij van de kwalificatie: art. 45 van het Verdrag van Istanbul eist dat op overtreding “doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen worden gesteld, rekening houdend met de ernst van de feiten”.

## 6. Hoe verder in Nederland?

Moeten wij ook naar een Nein heißt Nein? Het slot van de vorige paragraaf gaf daarop in juridische zin al antwoord. Samengevat kom ik tot de conclusie dat Nederland op grond van het Verdrag van Istanbul inderdaad verplicht is een consentmodel te hanteren binnen het zedenrecht. Dat antwoord vraagt ook om actie, gegeven het feit dat wij zo’n model nog niet kennen. Het dwangmodel in art. 242 en 246 Sr behoudt in de rechtspraak van de Hoge Raad zijn karakter; er wordt vastgehouden aan de eis van ‘onvermijdbaarheid’. Weliswaar biedt deze rechtspraak meer bescherming dan de rechtspraak van het BGH over § 177 (oud) StGB – denk aan het onverhoeds handelen – maar daarmee is nog niet gerealiseerd dat de onvrijwilligheid van het slachtoffer centraal staat.

Hoe dan verder in Nederland? Een *quick fix* ligt natuurlijk in handen van de strafrechter. Hij zou bij zijn uitleg van ‘dwingen’ de voorwaarde van onvermijdbaarheid kunnen afvlakken, wat vermoedelijk niet in strijd zou komen met legaliteitseisen. In termen van het EHRM-oordeel in *C.R. tegen het Verenigd Koninkrijk*, zou deze nieuwe interpretatie, in verband met de juridische ontwikkelingen die in paragraaf 5 aan de orde zijn gekomen, immers redelijkerwijs voorzienbaar kunnen worden geacht; als ‘gradual clarification’ van art. 242 en 246 Sr en nog steeds ‘consistent with the essence of the offence’.<sup>76</sup> Sterker nog, de ‘gradual clarification’ in deze richting – dus met afvlakking van bestanddelen als ‘dwang’ door middel van interpretatiecorrecties – is iets wat het EHRM in *M.C. tegen Bulgarije* zelfs aanmoedigde.

De grenzen van legaliteit zouden zo bezien toelaten dat de strafrechter de statelijke verplichtingen van Nederland nakomt. Maar daaraan kleven vanzelfsprekend de nodige bezwaren. In een dergelijke stap liggen principiële en verstrekkende keuzes besloten. Ten eerste wordt daarmee al afgezien van een mogelijke ‘lichte implementatie’: behoud van het hui-

<sup>76</sup> EHRM 22 november 1995, *C.R. t. VK*, nr. 20190/92, *NJ* 1997/1, m.nt. Knigge.

dige dwangmodel in de delicten ‘verkrachting’ en ‘aanranding’, gecombineerd met invoering van het consentmodel in nieuwe, lichtere delicten. Ten tweede zal de strafrechter bij het uitfasen van de onvermijdbaarheid, het begrip ‘onvrijwilligheid’ opnieuw en gedetailleerder van betekenis moeten voorzien. Daarbij zullen – zoals aan de orde is geweest in paragraaf 2 – nieuwe vragen over de gehele zedentitel hun intrede doen. Juist als de keuze van de rechter zo principieel en verstrekkend is, is de Hoge Raad ook al snel geneigd te zeggen dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat.<sup>77</sup> En dat zou hier, naar mijn indruk, een terechte conclusie zijn. Van de rechter kan niet worden gevraagd de huidige non-conformiteit op te lossen. De wetgever is aan zet.

Zoals in de inleiding werd vermeld, wordt op dit moment aan een conceptwetsvoorstel gewerkt ter modernisering van de gehele zedentitel. Dat is uiteraard een uitgelezen kans om ook de onderhavige kwesties te adresseren. Maar de plicht om een consentmodel in te voeren stelt de Nederlandse wetgever voor grote uitdagingen in zowel rechtspolitiek als technisch opzicht. Dat kan worden opgemaakt uit de voor- en nadelen van een consentmodel zoals besproken in paragraaf 2 (consentmodel versus dwangmodel), en uit de voor- en nadelen van specifieke consentmodellen zoals die aan de orde zijn geweest in paragraaf 4 (Duitsland).

De wetgever kan kiezen voor een zware implementatie (zoals in Duitsland, door het herdefiniëren van verkrachting en aanranding) of voor een lichte implementatie (art. 242 en 246 Sr laten zoals zij zijn, met de invoering van lichtere misdrijven gebaseerd op onvrijwillige seks).

De wetgever kan voorts aan de objectieve zijde van het delict kiezen voor verregaande slachtofferbescherming, zoals in de *affirmative consent*-standaard (waarbij een concreet, positief signaal van instemming moet bestaan). Maar ook kan worden aangeknoopt bij het veel behoudender Duitse model, dat een – op grond van verklaringen, uitingen en lichamelijke reacties van het slachtoffer – duidelijk te achten niet-willen vereist. Deze keuze bepaalt ook hoe geschakeerd het wilsbegrip is. Als iets als ‘instemming’ centraal staat, brengt dit in de regel mee dat ook het leerstuk van de ‘geldige instemming’ binnenboord wordt gehaald. In dat geval moet tevens duidelijk worden gemaakt hoe het instemmingsbegrip zich verhoudt tot omstandigheden die de geldigheid van instemming kunnen beïnvloeden, zoals jeugdigheid, verstandelijke beperkingen, bewusteloosheid en misleiding. In het Duitse model bestaat dit probleem niet, omdat daar is gekozen voor een smal wilsbegrip: het gaat slechts om een door het slachtoffer bewust ervaren niet-willen.

Aan de subjectieve zijde van het delict kan ook worden gesleuteld. Er kan worden volstaan met een doleuse variant (opzet op onvrijwilligheid). De verplichting uit art. 36 van het Verdrag van Istanbul is immers beperkt tot ‘opzettelijke gedragingen’. Maar de slachtofferbescherming kan uit eigener beweging worden uitgebreid door – naast een doleuse variant of daarvoor in de plaats – een culpose variant te ontwerpen. Voldoende zou dan bijvoorbeeld zijn dat de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat zijn handelingen tegen de wil van het slachtoffer plaatsvonden, of dat de verdachte ernstige redenen had dat

<sup>77</sup> Vgl. HR 4 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1277 (over de vraag of en zo ja, in welke omvang door een benadeelde partij beroep in cassatie zou moeten kunnen worden ingesteld).

te vermoeden. Dat zou in de buurt komen van het Engelse model, waarin het draait om afwezigheid van 'reasonable belief' in 'consent'.

Kiezen uit al deze opties is geen sinecure. Enerzijds moet rekening worden gehouden met het toenemende belang van seksuele autonomie in de huidige samenleving, en met het wetenschappelijk inzicht dat bevriezing – dus niets-doen – een veelvoorkomende slachtofferreactie is (tonic immobility). Daaraan zijn nu veel bewijsproblemen verbonden. Anderzijds zou het nieuwe consentmodel toch ook niet het praktisch onmogelijke mogen vragen van de ander. Mag van eenieder werkelijk worden verwacht dat in de ingewikkelde dynamiek van het seksuele verkeer telkens wordt gehandeld zoals het nieuwe model vraagt? Passen de kwalificaties en maatschappelijke gevolgen bij het gemaakte verwijt? Wat is de ruimte voor een verdachte om een beschuldiging te pareren? Het zijn moeilijke vragen in een complex spanningsveld.

Natuurlijk moet de wetgever niet talmen met de invoering van het consentmodel, maar de aard van de materie vraagt wel om de nodige tijd en discussie. De haastige spoed in Duitsland wordt door menig strafrechtjurist betreurd.<sup>78</sup>

## Literatuur

### Asp 2009

P. Asp, 'M.C. v. Bulgaria – a Swedish Perspective', *Scandinavian Studies in Law*, Volume 54, Criminal Law, Stockholm Institute for Scandinavian Law 2009, p. 191-211.

### Blume & Wegner 2014

L. Blume & K. Wegner, 'Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der "Istanbul-Konvention"', *HRRS, Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 2014 (aug/sept).

### Caringella 2008

S. Caringella, *Addressing Rape Reform in Law and Practice*, New York: Columbia University Press 2008.

### De Nauw 2010

A. de Nauw, *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Mechelen: Kluwer 2010.

### Deruyck e.a. 2018

F. Deruyck, B. Spriet, P. Traest en R. Verstraeten, *Strafrecht geannoteerd 2018*, Brugge: Die Keure 2018.

### Dierickx 2006

A. Dierickx, 'Hoe ver reikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting', *Nullum Crimen* 2006, p. 95-108.

### El-Ghazi 2017

M. El-Ghazi, 'Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.', *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2017 (3), p. 157-168.

---

<sup>78</sup> Vgl. o.a. Fischer 2016; Hörnle 2017b; *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Auflage 2017, aant. I.1.c bij art. 177 StGB (Renzikowski); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage 2017, aant. II.1.a bij art. 177 StGB (Frommel); Schönke/Schröder/Eisele, *Strafgesetzbuch*, 30. Aufl. 2019, aant. V bij § 177 StGB (Eisele).



**Fischer 2016**

T. Fischer, *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, ZeitOnline 28 juni 2016 (www.zeit.de; laatst geraadpleegd in december 2018).

**Grieger e.a. 2014**

K. Grieger e.a., *"Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar."* Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, Berlin: Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe (bff) - Frauen gegen Gewalt e.V. 2014.

**Herning & Illgner 2016**

L. Herning & J. Illgner, '„Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht', *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2016, p. 77-80.

**Horder 2016**

J. Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, Oxford: OUP 2016.

**Hörnle 2015**

T. Hörnle, *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbulkonvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*, Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte 2015.

**Hörnle 2017a**

T. Hörnle, 'The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment', *German Law Journal* 2017 (18/06), p. 1309-1330.

**Hörnle 2017b**

T. Hörnle, 'Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung', *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 2017, p. 13-21.

**Isfen 2015**

O. Isfen, 'Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten: Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen', *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2015 (4), p. 217-233.

**Kool 2004**

R. Kool, 'Veranderde zeden? Een overzicht en waardering van recente wetswijzigingen en jurisprudentie betreffende de zedelijkheidswetgeving', *Delikt en Delinkwent* 2004, p. 912-932.

**Kool 2008**

R.S.B. Kool, 'Verantwoorde seks', in: A.A. Franken, M. de Langen & M. Moerings (red.), *Constance waarden: liber amicorum prof. mr. Constantijn Kelk*, Den Haag: BJu 2008, p. 223-232.

**Lindenberg 2007**

K. Lindenberg, *Strafbare dwang – Over het bestanddeel 'dwingen' en strafbaarstellingen van dwang, in het bijzonder art. 284 Sr* (diss. Groningen), Maklu: Antwerpen/Apeldoorn, 2007.

**Lindenberg 2013**

K. Lindenberg, 'Zedendelicten en positieve verplichtingen', in: J.H. Gerards en C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 501-530.

**Lindenberg 2015**

K. Lindenberg, 'Structuren en bijzonderheden in de zedenwetgeving', in: K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC 2015, p. 23-284.

**Lindenberg & Van Dijk 2015**

K. Lindenberg & A.A. van Dijk, *Herziening van de zedendelicten? Een analyse van Titel XIV, Tweede Boek, Wetboek van Strafrecht met het oog op samenhang, complexiteit en normstelling*, WODC 2015.

**Marx e.a. 2008**

B.P. Marx, J.P. Forsyth, G.G. Gallup, T. Fusé & J.M. Lexington, 'Tonic Immobility as an Evolved Predator Defense: Implications for Sexual Assault Survivors', *Clinical Psychology: Science and Practice* 2008, p. 74-90.

**McGlynn & Munro 2010**

C. McGlynn & V.E. Munro (ed.), *Rethinking Rape Law: International and Comparative Perspectives*, Londen: Routledge, 2010.

**Möller, Söndergaard & Helström 2017**

A. Möller, H.P. Söndergaard & L. Helström, 'Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression', *Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica* 2017, p. 932-938.

**Pitea 2005**

C. Pitea, 'Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: The European Court's Judgment in M.C. v. Bulgaria', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 447-462.

**Rabe & Von Normann 2014**

H. Rabe & J. von Normann, *Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht*. Berlin: Deutsches Institut für Menschenrechte 2014.

**Renzikowski 2015**

J. Renzikowski, 'Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht', in B. Sick & J. Renzikowski (red.), *Über allem: Menschlichkeit: Festschrift für Dieter Rössner*, Baden-Baden: Nomos 2015, p. 928-942.

**Renzikowski 2016**

J. Renzikowski, 'Nein! – Das neue Sexualstrafrecht', *Neue juristische Wochenschrift*, p. 3553-3558.

**Rudolf & Eriksson 2007**

B. Rudolf & Andrea Eriksson, 'Women's rights under international human rights treaties: issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence', *International Journal of Constitutional Law* 2007, p. 507-525.

**Stevens 2002**

L. Stevens, *Strafrecht en seksualiteit: De misdrijven inzake aanranding van de eerbaarheid, verkrachting, onthucht, prostitutie, seksreclame, zedenschennis en overspel*, Antwerpen: Intersentia 2002.

**Uzman 2013**

J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.